Die abhängige Gesellschaft nach der Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht vom 19. September 1931 (RGBl. I S. 493)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans-Henning von Rode
gen. Diezelsky
Referendar in Berlin

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1935

Referent: Professor Dr. Schultze-von Lasaulx.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung: Die Einwirkung der wirtschaftlichen Konzentration auf die Aktienrechtsreform 9

B. Hauptteil:

I. **Begriff und Wesen der abhängigen Gesellschaft**

1. Die Gesellschaftsformen 11
2. Die Abhängigkeit
   a) Die Kennzeichen der Abhängigkeit
      α) Der Einfluß muß beherrschend sein 12
      β) Der Einfluß muß umfassend sein . . 14
      γ) Der Einfluß muß rechtlich gesichert sein 18
   b) Die Grundlagen der Abhängigkeit
      α) Die stimmenmäßige Abhängigkeit . . 22
      β) Die organisatorische Abhängigkeit . 25
      γ) Die vertragliche Abhängigkeit . . 25
   c) Die Einheitstheorie 26

II. **Die Regelung der Beziehungen zwischen der abhängigen und der herrschenden Gesellschaft**

1. Die Hauptgründe für die Ausdehnung des Erwerbsverbotes eigener Aktien auf den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige 31
2. Verbot der Zeichnung von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige . . . 35
3. Die Ausnahmen von dem grundsätzlichen Erwerbsverbot von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige 36
   a) Der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens 36
   b) Der Erwerb zum Zwecke der Ausführung einer Einkaufskommission 41
   c) Der Erwerb zum Zweck der Einziehung . 42

Seite

4. Die dem Erwerb gleichgestellten Fälle
   a) Die Inpfandnahme von Aktien . . . 43
   b) Erwerb durch einen Dritten für Rechnung der abhängigen Gesellschaft und unter deren Kursgarantie 44
5. Der unentgeltliche Erwerb 45
6. Die Rechtsfolgen verbotswidriger Aktienzeichnung und verbotswidrigen Aktienerwerbs
   a) Die Frage der Wirksamkeit 46
   b) Die Haftung der Verwaltungsorgane . . 49
7. Die Behandlung der im Besitz der abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden
   a) Das Stimmrecht 50
   b) Das Dividendenrecht und das Bezugsrecht 51

Schrifttum.

Baumbach, Kurzkommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1932.

Beutelstahl, Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft nach der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 19. September 1931, Diss. Köln 1932.

Binapfl, Der Erwerb eigener Aktien nach der Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931. Diss. Regensburg 1933.

Brodmann, Kommentar zum Aktienrecht. Berlin-Leipzig 1928.

— Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 2. Aufl., 1930.

— Erwerb eigener Aktien und Einziehung von Aktien, in ZHR. 1932, 49 ff.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, III. Bd., 3. Aufl. Bearb. Prof. Flechtheim. Mannheim-Berlin-Leipzig 1933.

Entwurf I, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. Berlin 1930.

Flechtheim, in JW. 1924, 680, Anmerkung zu der Entscheid. d. RG. 108,41.

— Zur Aktienrechtsnovelle, Bankarchiv 1931, S. 10 ff., 27 ff., 65 ff.

Fricke, Mutter- und Tochtergesellschaft im Aktien- und Steuerrecht, in ZHR. 1928, 313 ff.

Friedländer, Heinr., Die Einmanngesellschaft, in ZHR. 1926, 134 ff.

— Aktienrecht, Handkommentar. Stuttgart 1932.

— Konzernrecht, Mannheim. Berlin-Leipzig 1927.

— Großunternehmen und Unternehmungsgemeinschaften unter besonderer Berücksichtigung der Tochtergesellschaften i. Steuer- und Wirtschaft, 1932, 994 ff. u. 1102 ff.

v. Gierke, Jul., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. 1933.

Goldbaum, W., Aktienrechtsnovelle. Berlin 1931.

Goldschmit, Das neue Aktienrecht, Handkommentar. München 1932.

Hamburger, Die Organgesellschaft, in Gedächtnisschrift für Saeckel, 1927.

— Aufsichtsrat und Bilanzprüfer im neuen Aktienrecht. Berlin 1932.

— Schuldenhaftung für Konzerngesellschaften. Wirtschaftsrechtl. Abhandl., 8. Heft, Mannheim 1932.

Haußmann, Die Tochtergesellschaft. Berlin 1923.

— Organtheorie und Filialtheorie im deutschen und internationalen Steuerrecht, in: Vierteljahresschr. f. Steuer- u. Finanzrecht 1931, 397 ff.

Haußmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. Mannheim-Berlin-Leipzig 1926.
Horrwitz-Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht. Berlin 1932.
Isay, Bemerkung zu der Entscheidung d. RG. v. 21. Okt. 1921, in: Kartellrundschau 1922, 202/3.
— Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910.
Koenige-Teichmann-Koehler, Handelsgesetzbuch 1932, 3. Aufl.
Koeppel, Oeffentlichkeit und Aktienrecht zur Kurspflege, in Bankarchiv 1931, 74 ff.
Kronstein, Die abhängige juristische Person, München-Berlin-Leipzig 1931.
— Die kleine Aktienreform, in ZHR. 1931, 221.
Klausing, Reform des Aktienrechts. Berlin u. Wien 1933.
Kahn, Ueber Konzerne, in: St. u. W. 1923, 1094 ff.
Lehmann-Hirsch, Verordnung über Aktienrecht, Kommentar, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.
Lehmann, Recht der Aktiengesellschaft, Bd. II, Berlin 1904.
Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts. 8. Aufl., 1930.
Lohmeyer, Der Erwerb eigener Aktien nach der Notverordnung vom 19. September 1931. Diss. Köln 1932.
Mießner, Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft nach der Notverordnung vom 19. September 1931. Diss. Rostock 1933.
Netter, Probleme des lebenden Aktienrechts, in ZHR. 1931, 1 ff.
— Ueber Erwerb und Einziehung eigener Aktien nach der Aktiennovelle, in ZHR. 1931, 241 ff.
Neufeld, Der Erwerb eigener Aktien, in JW. 1931, S. 3040 ff.
— Die Aktienrechtsnovelle vom 19. September 1931, Kommentar. Berlin 1932.
Nord, Kapitalrückzahlungen an Aktionäre, in ZHR. 1931, 176 ff.
Pinner, Zur Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über Steueramnestie vom 19. September 1931. JW. 1931, 2930 ff.
Quassowski, Die Vorschriften der Aktiennovelle über Publizität, eigene Aktien und Einziehung von Aktien. JW. 1931, 2914 ff.
Rheinstrom, Das neue Aktienrecht. München u. Leipzig 1932.
Ritter, Erwerb eigener Aktien, in JW. 1933, 2740 ff.
Ruth, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien. Berlin 1928. Gesellschaftsrechtl. Abh., Heft 9.
Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927.
— Das neue deutsche Aktienrecht, 2. Aufl., Berlin u. Wien 1932.
Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Verordnung über Aktienrecht vom 9. September 1931 nebst den Durchführungsbestimmungen. Berlin 1932.
Schmulewitz, Die Verwaltungsaktie. Berlin 1927.
Schreuer, Der entgeltliche Erwerb von Aktien oder Geschäftsanteilen der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige. Diss. Breslau 1933.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Staub-Pinner), 14. Aufl., II. Bd. Berlin u. Leipzig 1933.

Stein, Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft und der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ein Vergleich. Diss. Freiburg o. J.
Weisbart, Aktiengesellschaft und Konzern, in Ring-Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaft. Berlin-Leipzig 1929.

Juristische Wochenschrift (JW.).
Zentralblatt für Handelsrecht (ZHR.).
Bankarchiv (BankArch.).
Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Entscheidungen des Reichsfinanzhofs (RFH.).

Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur, 3. Arbeitsgruppe, Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationen, 3. Teil: Wandlungen in der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmungen und Konzerne, Generalbericht, 1930. (Bearbeitet von Schmulewitz.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549215_0135

A. Einleitung.

Die Einwirkung der wirtschaftlichen Konzentration auf die Aktienrechtsreform.

Das kennzeichnende Merkmal in der Entwicklung der Wirtschaftsorganisationen in den Jahren nach Beendigung des Krieges ist ein besonders auf dem Gebiet der Banken und Industrie ständig zunehmender Zusammenschluß von Einzelunternehmen zu Großunternehmungen. Wenngleich diese sogenannte Konzentrationsbewegung sich auch in den durch die bisherigen Gesetze gegebenen Rechtsformen vollzogen hat, unter denen die Form der Aktiengesellschaft die weitaus größte Anwendung gefunden hat, so sind aber trotzdem durch eine den wirtschaftlichen Wandlungen Rechnung tragende Gesetzesauslegung zahlreiche Rechtsnormen inhaltlich geändert oder ihrem Sinn nach ins Gegenteil verkehrt worden bei formaler Aufrechterhaltung des veralteten Rechtssatzes.

„Gerade auf dem Gebiet des Aktienrechts ist die Wandlung des wirtschaftlichen Tatbestandes in den letzten Jahrzehnten in einem Ausmaß und einem Tempo erfolgt, die das Verhältnis von Form und Stoff, damit also von Gesetz und Leben und letzten Endes von Rechtsidee und Rechtswirklichkeit zum Problem gemacht hat[1])."

So ergab sich denn die Notwendigkeit einer Reform des Aktienrechts mit dem Ziel, die durch die neuzeitlichen Wirtschaftserscheinungen eingetretenen Spannungen zwischen dem Gesetzesrecht und dem wirklichen Rechtszustand auszugleichen und die entstandenen Mißbräuche zu beseitigen. Auf Grund jahrelanger Vorarbeiten, an denen die bedeutendsten Vertreter von Rechtslehre und Rechtspflege sowie maßgebende Persönlichkeiten der Wirtschaft beteiligt waren, veröffentlichte im Jahre 1930 das Reichsjustizministerium den Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Dieser Entwurf, der eine Gesamtreform unseres Aktienrechts darstellt, sollte auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung verabschiedet werden. Die damaligen innerpolitischen Verhältnisse gewährleisteten jedoch keine sachliche Be-

1) Netter, ZHR. 1931 S. 2.

ratung des Entwurfs, so daß die Reformarbeiten zunächst zum Stillstand kamen.

Die wirtschaftlichen Krisenerscheinungen des Jahres 1931, unter denen besonders der Zusammenbruch des Frankfurter Versicherungskonzerns und die Schließung der Banken hervorgetreten sind, veranlaßten dann die damalige Reichsregierung, im Wege der Notverordnung eine Teilreform des Aktienrechts vorzunehmen, um den in den Vordergrund getretenen Mißständen abzuhelfen. Zu diesen Mißständen rechnete insbesondere auch die durch die Konzentrationsbewegung weit verbreitete und unübersichtliche „Verschachtelung" von Gesellschaften. Zwar war schon vor dem Kriege diese Erscheinung vorhanden, jedoch hat deren Umfang in den Jahren nach dem Kriege derartig zugenommen, daß es heute nur noch wenige bedeutende Aktiengesellschaften geben dürfte, die nicht mit anderen Gesellschaften verflochten sind. Aus diesem Grunde waren schon im Aktienrechtsentwurf Bestimmungen vorgesehen, die den sich aus der Verschachtelung, insbesondere der vielfach mißbräuchlichen Verwendung von Tochtergesellschaften, ergebenden Gefahren vorbeugen sollten [2]).

Die Aktienrechtsnovelle hat zu dem Problem der Verschachtelung im wesentlichen in gleicher Weise Stellung genommen. Während aber der Entwurf noch den in diesem Zusammenhang bisher gebräuchlichen Begriff der Tochtergesellschaft verwendet, hat die Novelle stattdessen den Begriff der abhängigen Gesellschaft eingeführt.

Im folgenden soll nun der Versuch einer Darstellung der wesentlichsten Merkmale der abhängigen Gesellschaft unternommen werden und im Anschluß daran sollen die Vorschriften der Novelle behandelt werden, welche sich mit den Beziehungen der abhängigen Gesellschaft zu der herrschenden befassen.

---

2) Vgl. z. B. § 56 Abs. 3 d. Entw.

B. Hauptteil.

I. Begriff und Wesen der abhängigen Gesellschaft.

1. Die Gesellschaftsformen.

Den Ausgangspunkt für die Erörterung bietet die von der Aktienrechtsnovelle selbst gegebene Begriffsbestimmung der abhängigen Gesellschaft[3]). Was zunächst die Organisationsformen betrifft, die für die Verwendung von abhängigen Gesellschaften in Betracht kommen können, so beschränkt sich die Novelle auf Handelsgesellschaften und bergrechtliche Gewerkschaften. Bezüglich des Begriffs Handelsgesellschaften ist die Frage entstanden, ob dieser Ausdruck in streng technischem Sinn aufzufassen ist oder ob darunter auch diejenigen gesellschaftlichen Vereinigungen fallen, die wie Handelsgesellschaften behandelt werden, wie z. B. Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Unsere Auffassung geht dahin, daß im Hinblick auf die sonst gerade sehr allgemein gehaltene Fassung des Absatzes 4 des § 226 dieser Begriff in bewußter Uebereinstimmung mit dem bisherigen Sprachgebrauch der Gesetze verwendet worden ist, so daß dieser Begriff eng auszulegen ist. Für diese Ansicht, die auch von der herrschenden Meinung[4]) geteilt wird, spricht ferner die Tatsache, daß das Wirtschaftsleben im bisherigen Verlauf der Verwendung von abhängigen Gesellschaften gerade die Handelsgesellschaftsformen in engerem Sine in der Hauptsache bevorzugt hat.

Zu den Handelsgesellschaften gehören demnach einmal die im zweiten Buch des HGB. geregelten kaufmännischen Vereinigungsformen mit Ausnahme der stillen Gesellschaft, die, wie schon die Ueberschrift: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaften das Gesetz ausschließt, mithin die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches gilt ferner noch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 13 Abs. 3 GmbHGes.

Die sogenannten handelsrechtlichen Gesellschaften wie die eingetragenen Genossenschaften und die Versicherungsvereine auf

3) Vgl. § 226 Abs. 4 n. F.

4) Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 16; Pinner, S. 16 unt. d; Goldschmit, § 226 Anm. 12; Neufeld, JW. 1931, 3043.

Gegenseitigkeit rechnen nicht zu den Handelsgesellschaften im Sinne der Vorschrift [5]).

Lebhaft bestritten ist dagegen die Frage, ob auch die den deutschen Handelsgesellschaften entsprechenden ausländischen abhängigen Gesellschaften der Vorschrift des § 226 Abs. 4 unterliegen. Während einige Schriftsteller den Standpunkt vertreten, daß auch die ausländischen abhängigen Gesellschaften von der Vorschrift erfaßt werden, da diese sonst durch Gründung ausländischer Gesellschaften leicht umgangen werden könnte [6]), wollen andere ihre Anwendung auf inländische Gesellschaften beschränken, weil der Begriff Handelsgesellschaft ein terminus technicus des deutschen Rechts sei, und weil der deutsche Gesetzgeber nicht kompetent sei, Erwerbsgeschäfte zu beschränken, die von Ausländern im Ausland vorgenommen werden [7]). Der erste Einwand erscheint nicht gerechtfertigt, denn der Begriff Handelsgesellschaft ist ein internationaler, allen Kulturstaaten gemeinsamer Begriff [8]). Was das zweite Argument betrifft, so läßt sich nicht leugnen, daß nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts in erster Linie das ausländische Recht maßgebend ist. Trotzdem besteht aber die Möglichkeit, daß das ausländische Recht auf das deutsche verweist, so daß die Anwendung des deutschen Rechts auf ausländische abhängige Gesellschaften nicht unbedingt ausgeschlossen ist. Mit Recht weisen ferner Schlegelberger-Quassowski-Schmölder [9]) darauf hin, daß ein Zurücktreten des deutschen Rechts dann nicht in Frage kommt, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde, vgl. Art. 30 EG. BGB. Daher ist also die Regelung des § 226 an sich auf inländische Gesellschaften nicht beschränkt.

2. Die Abhängigkeit.

a) Die Kennzeichen der Abhängigkeit.

α) Der Einfluß muß beherrschend sein.

Als „abhängige Gesellschaft" wird von der Novelle eine solche Handelsgesellschaft bzw. bergrechtliche Gewerkschaft bezeichnet, die „auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar

---

5) A. M. bzgl. der Versicherungsvereine Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 34.

6) So namentlich Staub-Pinner, § 226 Anm. 26.

7) Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 17; Neufeld, § 226 Anm. 5; Goldschmit, § 226 Anm. 12; Friedländer, § 226 Anm. 14a.

8) und 9) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 35.

oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien steht“ [10]).

Der Gesetzgeber hat, wie diese Definition zeigt, vermieden, den Begriff der abhängigen Gesellschaft fest zu umgrenzen. Als einziges Kennzeichen der Abhängigkeit wird von ihm der beherrschende Einfluß seitens der herrschenden Gesellschaft hervorgehoben. Wie Pinner [11]) wohl mit Recht annimmt, läßt sich der Verzicht auf eine exakte Begriffsbestimmung aus dem Bestreben des Gesetzgebers erklären, tunlichst alle Möglichkeiten der Verschachtelung zu erfassen. Dadurch läßt freilich das Gesetz der Auslegung durch Rechtsprechung und Rechtslehre einen weiten Spielraum und bietet nicht gerade eine sichere Grundlage für die Behandlung von Einzelfällen. Immerhin läßt sich aber aus dem Begriff des beherrschenden Einflusses eine Reihe von weiteren Merkmalen entnehmen, die vorhanden sein müssen, wenn eine Abhängigkeit angenommen werden soll.

„Einfluß“ bedeutet, daß für die Entschlüsse, sei es einer physischen, sei es einer juristischen Person, der Wille eines andern maßgebend ist [12]). Durch das Erfordernis des „beherrschenden“ Einflusses weist der Gesetzgeber zunächst darauf hin, daß er in den Kreis der abhängigen Gesellschaft nur diejenigen Unternehmungen einbezogen wissen will, die nach dem Gesichtspunkt der Subordination mit einer andern verknüpft sind [13]). Das bedeutet, daß es sich um eine einseitige Einflußnahme der einen Gesellschaft auf die andere handeln muß [14]). Daher fallen nicht unter das Verhältnis herrschende — abhängige Gesellschaft alle diejenigen Unternehmenszusammenfassungen, bei denen sich die miteinander verbundenen Gesellschaften gegenseitig beeinflussen [15]), die also auf Grund der Gleichberechtigung miteinander verflochten sind, wenngleich es auch einzelne Fälle geben mag, wo nur nach außen hin, z. B. aus Prestige-Gründen, eine Koordination vereinbart worden ist, während in Wirklichkeit, z. B. infolge des Ueberwiegens des Aktienbesitzes der einen Gesellschaft ein Abhängigkeitsverhältnis besteht [16]).

Aus dem Merkmal des beherrschenden Einflusses kann ferner gefolgert werden, daß der Einfluß von der herrschenden Gesell-

10) Vgl. § 226 Abs. 4 n. F.
11) Pinner, § 226 Anm. 26.
12) Vgl. Dür.-Hach., Einl., Anm. 135.
13) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 33; Quassowski in JW. 1931, 2919.
14) Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 11, Neufeld in JW. 1931, 3043.
15) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 33.
16) Generalbericht S. 66; Düringer-Hachenburg, § 226 Anm. 47.

schaft auch tatsächlich ausgeübt werden muß[17]). Der im Schrifttum mehrfach vertretenen Auffassung[18]), daß ein Abhängigkeitsverhältnis schon dann gegeben sei, wenn die eine Gesellschaft imstande wäre, auf die andere einen beherrschenden Einfluß auszuüben, kann nicht zugestimmt werden. Es hat den Anschein, als ob diese Schriftsteller für ihre Ansicht auf die im Aktienrechtsentwurf vorgesehen gewesene Definition der Tochtergesellschaft zurückgegriffen haben, denn eine nähere Begründung wird von ihnen nicht gegeben. Dort[19]) war allerdings ausdrücklich bestimmt, daß die Muttergesellschaft auch nur in der Lage zu sein brauchte, den Einfluß auszuüben. Die Novelle hat diese Formulierung aber nicht übernommen, sondern verlangt, daß die abhängige Gesellschaft schlechthin unter dem beherrschenden Einfluß der herrschenden steht. Durch diese Ausdrucksweise wird u. E. ein Zustand gekennzeichnet, der die effektive Ausübung des beherrschenden Einflusses erfordert, denn die Tatsache des Herrschens setzt notwendig eine Tätigkeit voraus, deren Zweck hier die Erreichung der Lebensregelung der abhängigen Gesellschaft im Interesse der herrschenden ist. Wenn z. B. eine Aktiengesellschaft, die im Besitz eines größeren Aktienpaketes einer andern ist, sich lediglich darauf beschränkt, die Aktien zu verwalten oder mit ihnen an der Börse zu spekulieren, so kann man von einer solchen Gesellschaft nicht aussagen, daß sie über die andere herrscht[20]).

Von einem beherrschenden Einfluß wird man weiterhin auch nur dann sprechen können, wenn dieser Einfluß für eine gewisse Dauer begründet ist[21]), denn von Beherrschung kann nicht die Rede sein, wenn der Einfluß nur dazu dient, vorübergehend einmal einen Einblick in die Verhältnisse einer Gesellschaft zu gewinnen.

β) Der Einfluß muß umfassend sein.

Schließlich kommt durch den Begriff des beherrschenden Einflusses zum Ausdruck, daß die Beherrschung eine umfassende sein muß. Im Hinblick auf die sehr allgemein gehaltene gesetzliche Definition der abhängigen Gesellschaft darf man aber nicht, wie

---

17) Staub-Pinner, § 226 Anm. 26; Schreuer, Diss. S. 3.

18) Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 23; Horrwitz-Ullmann, § 226, Anm. 11; Dür.-Hach., § 226 Anm. 45.

19) Vgl. § 56 Abs. 3 des Entw.

20) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 33; Schreuer, Diss. S. 3; vgl. auch Hamburger in Gedenkschrift f. Saeckel S. 265 f. d. Organgesellsch.

21) Schlegelberger a. a. O.; Düringer-Hachenburg, § 226 Anm. 25; Klausing, S. 63; Stein, Diss. S. 58; vgl. auch Kronstein, S. 7 u. 61; a. M. Ritter in JW. 1933, 2746, jedoch ohne Begründung.

Friedländer meint[22]), ein Abhängigkeitsverhältnis nur dann als vorliegend erachten, wenn ein Zustand hergestellt ist, bei welchem die eine Gesellschaft gleichsam wie eine Geschäftsabteilung in den Organismus der anderen eingegliedert ist, so daß die unterstellte Gesellschaft nur auf die Rolle eines Bediensteten beschränkt wäre. Diese Ansicht deckt sich im wesentlichen mit dem vom Steuerrecht herausgearbeiteten Begriff der Organgesellschaft[23]), für deren Vorliegen auch verlangt wird, daß sie finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das führende Unternehmen eingegliedert ist, so daß ein Handeln der unterstellten Gesellschaft auf eigene Rechnung und Gefahr im Innenverhältnis ausgeschlossen ist. Eine solche enge Verknüpfung ist nicht zu verlangen, denn andernfalls wäre das Anwendungsgebiet des § 226 nur ein sehr beschränktes, was jedoch dem Sinn und Zweck der Vorschriften nicht entspricht. Ein Abhängigkeitsverhältnis kann vielmehr schon dann angenommen werden, wenn die herrschende Gesellschaft bei der Willensbildung der abhängigen entscheidend mitwirkt[24]). Die Beeinflussung braucht nicht so weit zu gehen, daß die herrschende Gesellschaft der abhängigen für jeden einzelnen Geschäftsvorgang vorschreibt, was sie zu tun hat, es dürfte genügen, wenn die herrschende Gesellschaft den von der abhängigen einzuhaltenden Kurs der allgemeinen Geschäftspolitik bestimmt.

Die Willensbildung der einzelnen Gesellschaften vollzieht sich nun nicht nur bei einem einzigen Organ, sondern es sind nach den gesetzlich festgelegten Verfassungen regelmäßig mehrere Organe berufen, den Willen der Gesellschaft zu gestalten. So entscheiden bei der Offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien in allen Angelegenheiten, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt, selbständig die geschäftsführenden Gesellschafter[25]), während der Gesamtheit der Gesellschafter bzw. der Kommanditistengesellschaft die Entscheidung hinsichtlich der außerordentlichen Geschäfte vorbehalten ist[26]). Bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der bergrechtlichen Gewerkschaft sind die Verhältnisse insofern etwas anders gelagert, als dort die ausführenden Organe, also der Vorstand bzw. die Geschäftsführer bzw. die Direktoren von

---

22) § 226 Anm. 14b.

23) Vgl. u. a. RFH. 3, 291; 20, 49 u. 302; 22, 187; Hamburger, S. 281; Rosendorff, Die rechtl. Organis. d. Konzerne, S. 109; Fricke, ZHR. 1928, 368.

24) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226, Anm. 33; Neufeld, § 226 Anm. 5 u. JW. 1931, 3043; Staub-Pinner, § 226 Anm. 45; Stein, Diss. S. 56; Lohmeyer, Diss. S. 22.

25) §§ 116 Abs. 1, 164, 320 Abs. 2 HGB.

26) §§ 116 Abs. 2, 164, 320 Abs. 2 HGB.

den Weisungen der beschließenden Organe in stärkerem Maße abhängig sind[27]).

Es entsteht daher die Frage, ob sich der beherrschende Einfluß seitens der herrschenden Gesellschaft gleichzeitig auf die beschließenden und die ausführenden Organe der abhängigen Gesellschaft erstrecken muß. Lehmann-Hirsch[28]), Horrwitz-Ullmann[29]), Düringer-Hachenberg[30]), Rheinstrom[31]) und Klausing[32]) vertreten den Standpunkt, daß es für das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses nur auf eine umfassende Beeinflussung der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft ankomme. Eine Begründung für diese Ansicht findet sich bei keinem dieser Schriftsteller, obwohl man eine solche eigentlich erwarten könnte, denn zunächst denkt man bei dem Begriff des beherrschenden Einflusses doch an eine Beherrschung derjenigen Organe der abhängigen Gesellschaft, bei denen nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Herrschaft über die einzelnen Gesellschaften ruht, wie z. B. die Gesamtheit der Gesellschafter, die Generalversammlung usw., die sozusagen die obersten Organe in der Willensbildung sind[33]). Daher ließe sich eher die Auffassung rechtfertigen, daß eine Beherrschung in Bezug auf diese Herrschaftsorgane allein zur Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses ausreicht. In diesem Sinne fassen die Bearbeiter der Novelle[34]) die Bestimmung auf, wenngleich nach ihrer Ansicht unter Umständen auch eine Beherrschung der Geschäftsführung zu einer Abhängigkeit führen kann. Unseres Erachtens wird man danach unterscheiden müssen, ob es sich darum handelt, einen beherrschenden Einfluß auf eine Personal- oder eine Kapitalgesellschaft zu gewinnen. Das Wichtigste ist bei dem Einfluß nicht, daß er einmal erreicht ist, sondern daß er auch für einen gewissen Zeitraum gesichert bleibt, so daß die herrschende Gesellschaft auch die Gewähr hat, daß die einmal festgelegte Richtung der Geschäftspolitik auch von der abhängigen Gesellschaft befolgt wird.

Bei den Kapitalgesellschaften wird man ein Abhängigkeitsverhältnis schon dann annehmen können, wenn sich der beherrschende Einfluß auf die beschließenden Organe erstreckt, da diese

---

27) § 235 Abs. 1 HGB., § 37 GmbHG., §§ 114, 120 Pr.Berggef.
28) § 226 Anm. 23.
29) § 226 Anm. 11.
30) § 226 Anm. 45.
31) § 226 Anm. 22.
32) S. 63; vgl. auch Ritter in JW. 1933, 2746; Schreuer, Diss. S. 4.
33) Staub-Pinner, § 250 Anm. 7 u. d. dort angegebene Lit. bezüglich der AG.
34) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 33.

in der Lage sind, die Geschäftsführung der anderen Organe in weitestem Umfange zu beeinflussen [35]).

Anders dagegen sind die Verhältnisse bei den Personalgesellschaften gelagert. Die geschäftsführenden Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft sind in der Erledigung der laufenden Angelegenheiten sehr selbständig, sie brauchen sich hierbei nicht um irgendwelche Weisungen anderer Organe zu kümmern [36]). Hier erscheint es unerläßlich, daß der Einfluß auch in den geschäftsführenden Organen vorhanden ist, damit man hier von Abhängigkeit reden kann. Dasselbe gilt für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, da auch bei ihr die Geschäftsführer eine sehr selbständige Stellung gegenüber der Kommanditistengemeinschaft haben [37]).

Nach ausdrücklicher Vorschrift kommt es nicht darauf an, ob der beherrschende Einfluß unmittelbar oder nur mittelbar von der herrschenden Gesellschaft ausgeübt wird. Was unter unmittelbarer Beherrschung zu verstehen ist, bedarf keiner näheren Erläuterung. Hierher zählen die Fälle, in denen der beherrschende Einfluß der herrschenden Gesellschaft selbst zusteht. Dagegen ist nicht ohne weiteres ersichtlich, was der Gesetzgeber mit mittelbar beherrschendem Einfluß meint. Im Schrifttum [38]) wird im allgemeinen als Beispiel einer mittelbaren Beherrschung der Fall angeführt, wo die herrschende Gesellschaft durch Vermittlung einer von ihr abhängigen Gesellschaft auch eine dritte Gesellschaft dadurch beherrscht, daß die letztere ihrerseits zu der abhängigen Gesellschaft in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Es fragt sich jedoch, ob es der ausdrücklichen Erwähnung des mittelbaren Einflusses durch das Gesetz bedurfte, um nur diesen einen Fall zu erfassen, denn an sich sind noch weitere Möglichkeiten einer mittelbaren Beeinflussung denkbar. So kann insbesondere die eine Gesellschaft auch durch Vermittlung der ihr nahestehenden Verwaltungsmitglieder auf eine andere Gesellschaft einen beherrschenden Einfluß ausüben, indem sie sich deren Herrschaftsrechte über jene andere Gesellschaft durch vertragliche Abmachungen sichert. Ferner kann eine Gesellschaft auch dadurch mittelbar beeinflußt werden, daß einzelne ihrer Gesellschafter oder leitenden Persönlichkeiten von der herrschenden Gesellschaft abhängen.

---

35) Vgl. §§ 243, 246 HGB.; § 52 GmbHG.; § 128d, § 128f Pr. Berggesetz.

36) §§ 116 Abs. 1, 164 HGB.

37) § 320 HGB.

38) Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 24; Neufeld, § 226 Anm. 5 und JW. 31, 3043; Quassowski in JW. 1931, S. 2919.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[39]) entnimmt der Definition der abhängigen Gesellschaft, daß es sich nur um Beziehungen zwischen den Gesellschaften als solchen handeln muß, so daß für sie die letztgenannten Möglichkeiten einer mittelbaren Beherrschung von vornherein ausscheiden. Der Wortlaut des Gesetzes spricht zwar für diese Auffassung. Es ist jedoch nicht einzusehen, welchen Unterschied es machen soll, ob eine Gesellschaft als solche einen beherrschenden Einfluß auf eine andere ausübt oder ob sie sich des ihren Verwaltungsmitgliedern zur Verfügung stehenden Einflusses bedient, um sich einer anderen Gesellschaft zu unterwerfen[40]).

γ) Der Einfluß muß rechtlich gesichert sein.

Damit der Tatbestand der Abhängigkeit aber erfüllt wird, ist u. E. schließlich noch erforderlich, daß eine rechtlich gesicherte Möglichkeit gegeben ist, den Einfluß bei der andern Gesellschaft durchzusetzen. Die Ansicht, daß auch ein rein persönlicher Einfluß seitens eines Verwaltungsmitgliedes der einen Gesellschaft auf einzelne Gesellschafter oder leitende Persönlichkeiten einer andern, etwa auf Grund von freundschaftlichen oder verwandtschaftlichen Beziehungen, für eine mittelbare Beherrschung ausreichen kann[41]), kann nicht geteilt werden. Denn von persönlichen Einflüssen kann man sich nach Belieben jederzeit freimachen. Dem Merkmal der beherrschenden Beeinflussung ist dagegen wesentlich, daß die abhängige Gesellschaft sich dem Einfluß der herrschenden ohne deren Willen nicht entziehen kann, was sich nur erreichen läßt, wenn neben dem persönlichen Einfluß gleichzeitig anderweit irgendwelche rechtlichen Bindungen bestehen, wenn also für die abhängige Gesellschaft ein rechtlicher Zwang besteht, sich nach den Weisungen der herrschenden zu richten.

Ebensowenig wie für eine mittelbare Beherrschung rein persönliche Beziehungen ausreichen, können solche auch nicht eine selbständige Grundlage einer unmittelbaren Beherrschung bilden. Die häufig als Beispiele für eine angeblich auf rein personeller Grundlage beruhenden Abhängigkeit genannte Personalunion der leitenden Persönlichkeiten zweier Gesellschaften oder die teilweise persönliche Identität etwa in der Form, daß ein Vorstandsmitglied der einen Gesellschaft gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied in einer andern ist, stellen in Wahrheit keine selbständigen Arten der Be-

39) Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 23; Düringer-Hachenburg, § 226 Anm. 49; Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 11; Rheinstrom, § 226, Anm. 22.

40) Goldschmit, § 226 Anm. 14; Ritter in JW. 1933, 2746.

41) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Anm. 33; Ritter in JW. 1933, 2746; Goldschmit, § 226 Anm. 14: die jede Eigenschaft eines Verwaltungsmitgliedes genügen lassen.

herrschung dar, da derartige Beziehungen erst die Folge einer durch Beteiligung oder sonstige vertragliche Unterwerfung — mithin durch rechtliche Tatbestände — bereits gesicherten Einflußnahme zu sein pflegen[42]). Solche personellen Verknüpfungen sind, wie Friedländer[43]) mit Recht betont, nur ein Indiz für das Vorhandensein eines Abhängigkeitsverhältnisses, sie dienen nur der Stärkung einer bereits auf andere Weise durchgeführten Verflechtung[44]).

Wenn von der überwiegenden Meinung im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, daß schon jede auf tatsächlicher Grundlage beruhende Einflußnahme — nicht nur ein rechtlich festgelegter Einfluß — ein Abhängigkeitsverhältnis begründen kann[45]), so kann dem nach den vorstehenden Ausführungen nicht zugestimmt werden, denn, wie wir sahen, reicht eine tatsächliche Beeinflussung, soweit sie sich auf personelle Beziehungen stützt, jedenfalls zur Beherrschung noch nicht aus. Aber auch andere tatsächliche Umstände dürften allein eine Abhängigkeit noch nicht herbeiführen. So kann es beispielsweise zur Begründung eines Herrschaftsverhältnisses noch nicht genügen, wie von manchem behauptet wird[46]), daß eine Gesellschaft gegenüber einer andern verschuldet ist. In solchen Fällen mag zwar die Schuldnergesellschaft insofern unter einem gewissen wirtschaftlichen Druck der Gläubigerin stehen, als sie bemüht sein muß, ihre Schulden abzudecken, im übrigen aber bleibt doch die Schuldnergesellschaft in ihrer Willensbetätigung vollkommen frei und braucht nicht sonst irgendwie ihr Handeln auf die Ziele der Gläubigergesellschaft einzustellen. Derartige Beziehungen können sich erst dann zu einem Abhängigkeitsverhältnis auswirken, wenn der Gläubigerin eine Rechtsposition verschafft wird, durch die sie bei der Willensbindung der Schuldnerin oder

---

42) So Düringer-Hachenburg, § 226 Anm. 49 und wohl auch Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, die zwar den persönlichen Einfluß als selbständiges Mittel der Ausübung des Einflusses aufführen (vgl. Anm. 33a), an anderer Stelle (vgl. Anm. 33a ε) aber wieder zugeben, daß der persönliche Einfluß in der Regel selbständig kein Abhängigkeitsverhältnis begründet.

43) S. 83.

44) Vgl. Generalbericht S. 79.

45) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 33; Staub-Pinner, § 226 Anm. 26; Dür.-Hach., § 226 Anm. 45; Goldschmit, § 226 Anm. 14; Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 13; Neufeld, § 226 Anm. 5; Rheinstrom, § 226 Anm. 22; Koenige, § 226 Anm. 7 B; Rosendorff, S. 403.

46) Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 12; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 33; Dür.-Hach., § 226 Anm. 47.

in deren Leitung entscheidend mitwirken kann[47]), so daß ein einseitiges Handeln der abhängigen Gesellschaft ohne Berücksichtigung der Interessen der anderen Gesellschaft nicht möglich ist.

Wenn Flechtheim[48]) gegen die auch von uns vertretene Ansicht, daß nur die auf rechtlichen Gründen beruhende Abhängigkeit in Betracht kommt, den Einwand erhebt, daß dann auch das Stimmrecht nicht dazu gehöre, weil die einzelne Aktie nur ein Recht auf Mitverwaltung und nicht auf Beherrschung gewähre, und erst die Vereinigung einer großen Anzahl von Aktien in einer Hand die Mitverwaltung zur Beherrschung steigere, was aber keine rechtliche, sondern eine tatsächliche Folge sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Herrschaftsmacht über eine Gesellschaft, selbst wenn man sie als eine Tatsache ansehen will, doch auf die Ausübung von einer Summe von einzelnen Einflußrechten zurückzuführen ist, also mithin rechtlich gesichert ist. Abgesehen davon ist auch nicht immer eine große Anzahl von Aktien zur Beherrschung erforderlich, da unter Umständen schon wenige Vorzugsaktien mit großem Stimmrecht zur Beherrschung ausreichen können.

Es kann auch nicht die Ansicht von Horrwitz-Ullmann[49]) geteilt werden, daß es sich nur um eine wirtschaftliche Verknüpfung zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft handeln muß, derzufolge der Erwerb von Aktien durch die abhängige Gesellschaft wirtschaftlich letzten Endes ganz oder teilweise auf Kosten der herrschenden Gesellschaft geschieht. Diese Schriftsteller behandeln die Frage der Abhängigkeit zu einseitig vom Standpunkt des Erwerbs von Aktien. Die Vorschrift zwingt keineswegs zu einer solchen einschränkenden Auslegung, sondern läßt vielmehr erkennen, daß eine allgemeine Abhängigkeit gemeint ist[50]), so daß es nicht darauf ankommen kann, ob sie sich auf den Erwerb oder die Verbindung von Aktien erstreckt oder nicht.

b) Die Grundlagen der Abhängigkeit.

Die Abhängigkeit einer Gesellschaft von einer andern kann nun im einzelnen auf sehr verschiedener Grundlage beruhen. Die Wirtschaftspraxis weist hierin eine große Mannigfaltigkeit auf. Die

---

47) Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 23; Hamburger, Aufs.-Rat, S. 52; Beutelstahl, Diss. S. 19; Schreuer, Diss. S. 3 u. 4, die nur die auf rechtlichen Gründen beruhende Abhängigkeit berücksichtigen.

48) Bei Dür.-Hach., § 226 Anm. 45.

49) Vgl. § 226 Anm. 12 u. ähnlich Klausing, S. 63: Was sich nicht wirtschaftlich (finanziell) auf die Vermögenslage der herrschenden Gesellschaft auswirkt, wird von § 226, der nur die Interessen der Gläubiger und Aktionäre berührt, nicht erfaßt.

50) Schleg.-Quass.-Schm., § 226 Anm. 33.

Novelle hat sich darauf beschränkt, als Beispiel hierfür die Beteiligung hervorzuheben. Durch die Hinzufügung der Worte „und in sonstiger Weise" wird aber auch jede andere Möglichkeit der Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses einbezogen[51]), denn dafür, daß der Gesetzgeber durch diese Fassung nur solche Abhängigkeitsverhältnisse erfassen will, welche, wie Horrwitz-Ullmann[52]) unter Bezugnahme auf die im § 823 Abs. 1 BGB. erfolgte Auslegung meinen, auf einer der Beteiligung wesensähnlichen Grundlage beruhen, bietet die Novelle keinen Anhaltspunkt. Es ist auch nicht einzusehen, aus welchem Grunde die Auslegung, die § 823 Abs. 1 BGB. gefunden hat, ohne weiteres auf die nach dem BGB. erlassenen Gesetze anwendbar sein soll. Abgesehen hiervon trifft der Vergleich insofern nicht zu, als im § 823 Abs. 1 BGB. eine ganze Anzahl gleicher, absoluter Rechte genannt ist, denen ein sonstiges Recht gleichgestellt wird, während hier nur ein in der Praxis am häufigsten vorkommender Fall namentlich aufgeführt wird.

Infolge der Fülle von Beherrschungsmöglichkeiten, die durch das Wirtschaftsleben im Laufe der Zeit entwickelt worden sind, ist eine erschöpfende Aufzählung und Erörterung der einzelnen Fälle der Abhängigkeit nicht möglich. Auch die Kommentatoren der Novelle beschränken sich auf die Zusammenstellung der wichtigsten Arten. Ein Versuch, die vielen Einzelfälle in größeren Gruppen zusammenzufassen, ist von Kronstein[53]), schon vor der gesetzgeberischen Einführung des Begriffs der abhängigen Gesellschaft, für die Erscheinung der abhängigen juristischen Person unternommen worden. Er unterscheidet zwischen der organisatorischen, vertragsmäßigen und stimmenmäßigen Abhängigkeit[54]). Bei der ersten Art ist der Einfluß der herrschenden Person in der Satzung der abhängigen verankert, bei der zweiten beruht er auf vertraglicher Grundlage und bei der dritten ergibt er sich aus dem bei der herrschenden Gesellschaft liegenden Uebergewicht an Stimmen. Mag diese Unterscheidung, wie Haußmann[55]) zugegeben werden kann, für die Fälle der abhängigen juristischen Person nur geringen Wert haben, da bei ihr in der Regel die Abhängigkeit auf den beherrschenden Stimmeneinfluß zurückzuführen ist und meistens die stimmenmäßige Abhängigkeit mit einer der beiden anderen Abhängigkeitsformen zusammenhängt, so hat sie doch für die Ein-

---

51) Quassowski in JW. 1931, 2919; Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 25; Neufeld, § 226 Anm. 5; Staub-Pinner, § 226 Anm. 26.

52) § 226 Anm. 12.

53) Die abhängige juristische Person.

54) Kronstein, a. a. O. S. 7.

55) Haußmann, in Vierteljahresschr. f. StR. 1931, S. 430/31.

teilung der Fälle der abhängigen Gesellschaft größere Bedeutung. Bei den abhängigen Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit kann nämlich die Bindung zu der herrschenden Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien nur auf vertraglicher bzw. organisatorischer Grundlage beruhen, da ein Erwerb von Anteilen und damit ein Stimmeneinfluß nicht möglich ist. Es kann daher auch hier der Kronsteinschen Einteilung gefolgt werden.

α) Die stimmenmäßige Abhängigkeit.

Wir wollen uns zunächst der stimmenmäßigen Abhängigkeit zuwenden, da sich aus ihr der Gedanke des Beherrschens von juristischen Personen entwickelt hat[56]), und die abhängigen juristischen Personen im Wirtschaftsleben die Hauptrolle unter den abhängigen Gesellschaften spielen. Zu der Gruppe der stimmenmäßigen Abhängigkeit gehört in erster Linie die vom Gesetz selbst hervorgehobene Abhängigkeit auf Grund von Beteiligungen.

Wenn auch unter Beteiligungen entsprechend dem Sprachgebrauch und der Anschauung der Praxis kapitalmäßige Anteile an anderen Gesellschaften zu verstehen sind[57]), so handelt es sich bei der Abhängigkeit durch Beteiligung doch nicht nur um eine kapitalmäßige, sondern vor allem auch um eine stimmenmäßige und zwar deshalb, weil die Möglichkeit der Beherrschung auf dem durch das Mitgliedschaftsrecht vermittelten Stimmrecht beruht[58]), und der Umfang der durch das Stimmrecht gegebenen Macht nicht immer einen entsprechenden Kapitalaufwand erfordert. Daß es auf die Höhe der Kapitalbeteiligung nicht so sehr ankommt, sondern vielmehr auf den Einfluß auf Grund des Stimmrechts, tritt besonders in den Fällen in Erscheinung, in denen eine Aktiengesellschaft z. B. über Mehrstimmrechtsaktien einer andern verfügt. Hier benötigt die herrschende Gesellschaft weniger Kapitalanteile, denn die Eigenart der Mehrstimmrechtsaktien besteht darin, daß sie einen größeren Machteinfluß verleihen, als ihnen nach der Höhe der Kapitalbeteiligung zukommen würde.

Die Form der Beteiligung bestimmt sich nach der Struktur der jeweils in Frage kommenden abhängigen Gesellschaft. Die Beteiligung kann also erfolgen in Form von Aktien, Geschäftsanteilen einer GmbH. oder Cuxen einer bergrechtlichen Gewerkschaft. Für die Entscheidung der Frage, wie starke Beteiligungen erforderlich sind, um ein Abhängigkeitsverhältnis herzustellen,

---

56) Kronstein, a. a. O. S. 59.

57) Schleg.-Quaß.-Schm., § 226 Anm. 33; Goldschmit, § 226 Anm. 14; Goldbaum, S. 42; a. M. Rosendorff, S. 402/3, der schon die bloße Hingabe von Geld als Beteiligung ansieht.

58) Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 26; Dür.-Hach., § 226 Anm 46; Rheinstrom, § 226 Anm. 23.

lassen sich bestimmte Richtlinien nicht aufstellen. In der Regel wird, wenn die für eine Beherrschung ausersehene Gesellschaft nur eine Gattung von Anteilen besitzt, so daß jeder Anteil das gleiche Stimmrecht gewährt, eine Beteiligung von etwas mehr als 50 % nötig sein, um einen beherrschenden Einfluß über eine andere Gesellschaft zu erlangen [59]), denn die Beherrschung muß für eine gewisse Dauer bestimmt und gesichert sein, damit ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des Gesetzes vorliegt [60]). Wenn allerdings erfahrungsgemäß nicht nur zufällig einmal ein bestimmter Prozentsatz der Anteile nicht in der Generalversammlung pp. vertreten ist, was besonders der Fall ist, wenn der Anteilsbesitz sehr verstreut ist, kann eine Gesellschaft auch mit einer Beteiligung von weniger als 50 % eine andere beherrschen [61]). In solchen Fällen muß aber der Anteilsbesitz so groß sein, daß eine positive Beeinflussung gegeben ist, es kann nicht eine sogenannte Sperrminorität ausreichen, mit der nur die Fassung von Beschlüssen verhindert werden kann, die mit größerer Stimmenmehrheit gefaßt werden müssen [62]).

Ebensowenig darf man die Abhängigkeit nach einem Prozentsatz des in irgend einer Generalversammlung vertretenen Kapitals beurteilen. Im Einzelfall sind für die Beherrschung von Gesellschaften verschieden starke Beteiligungen notwendig. Die Entscheidung, ob ein Herrschaftsverhältnis gegeben ist, muß dem Richter überlassen bleiben.

Zur Begründung einer stimmenmäßigen Abhängigkeit ist aber nicht unbedingt erforderlich, daß sich eine Gesellschaft in dem zur Beherrschung erforderlichen Umfang selbst an einer anderen beteiligt. Verfügt z. B. eine Gesellschaft über einen beträchtlichen Anteilsbesitz einer anderen, so kann sie ihren Einfluß auch dadurch zu einem beherrschenden steigern, daß ihr von anderen Anteilseigentümern die Rechte auf Ausübung des Stimmrechts übertragen werden. Es sind dies die Fälle der sog. Legitimations-

59) U. E. zu weitgehend Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 29, die verlangen, daß die herrschende Gesellschaft in der Lage ist, in allen Fällen die satzungsmäßige Mehrheit zu vertreten. Es genügt, daß die herrschende Gesellschaft, wie wir bereits ausführten, ihren Willen bei der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft durchsetzt.

60) S. oben S. 14.

61) Schleg.-Quass.-Schm., § 226 Anm. 33; Neufeld, § 226 Anm. 5 u. JW. 1931, 3043; Goldschmit, § 226 Anm. 14; Stein, Diss. S. 58; Mießner, Diss. S. 40; a. M. Binapfl, Diss. S. 35: Die beteiligte Gesellschaft muß einen Aktienbesitz aufweisen, der erfahrungsgemäß bei allen Aktiengesellschaften eine Beherrschung der Generalversammlung verbürgt. Die weite Fassung d. Gesetzes ist aber gerade mit Rücksicht auf die Verschiedenheit d. Verhältnisse im einzelnen Fall gewählt.

62) Dür.-Hach., § 226 Anm. 46.

übertragung, die sich gewohnheitsrechtlich im deutschen Recht herausgebildet hat. Der Uebertragende bleibt Eigentümer und Aktionär, der Legitimationsaktionär wird aber auch nicht nur Bevollmächtigter, vielmehr erhält er ein eigenes Recht zur Ausübung der Aktionärrechte [63]). Für die Ausübung des Stimmrechts ohne eigene Beteiligung kommen ferner auch der Nießbrauch und das Pfandrecht an Mitgliedschaftsrechten in Betracht, soweit als die Mitgliedschaftsrechte übertragbar sind. Allerdings wird man auch in diesen Fällen nur dann von Beherrschung sprechen können, wenn durch die Legitimationsübertragung auf eine gewisse Dauer die Möglichkeit geschaffen wird, einen beherrschenden Einfluß auf die andere Gesellschaft auszuüben.

Die Frage, ob auch durch die Ausübung des sog. Depotstimmrechts der Banken ein Verhältnis nach § 226 Abs. 4 entstehen kann, wird von einigen Schriftstellern verneint [64]). Die unten angegebenen Begründungen mögen im allgemeinen zutreffen, trotzdem aber kann es Fälle geben, wo auch eine Bank ein Unternehmen beherrscht, so namentlich dann, wenn die Bank selbst eine beträchtliche eigene Beteiligung besitzt und es nur noch weniger Stimmen zur Beherrschung bedarf [65]).

Ferner kann eine Gesellschaft, auch ohne die Mehrheit der Stimmen einer anderen selbst zu besitzen, sich die zur Beherrschung fehlenden Stimmen dadurch sichern, daß sie mit anderen Anteilseigentümern Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts trifft. Der dinglich Berechtigte kann sich verpflichten, die Stimmenmacht seines Mitgliedschaftsrechts im allgemeinen oder in gewissen Fällen nach den Weisungen der interessierten Gesellschaft auszuüben [66]). Solche Verträge sind heute grundsätzlich gültig [67]). Auch mit Hilfe von sog. Konsortial- und Poolverträgen läßt sich ein Abhängigkeitsverhältnis herstellen [68]). Die Anteilsbesitzer kommen vor jeder Generalversammlung zusammen und fassen unter sich Mehrheitsbeschlüsse nach Anteilsbeträgen. In der Generalversammlung wird dann nach Maßgabe dieses Beschlusses abgestimmt

---

63) J. v. Gierke, S. 253.

64) Goldschmit, Anm. 14: „Weil weder Dauerbeziehungen vorliegen noch die Bank eigene Rechte ausübt", ebenso Staub-Pinner, Anm. 26 u. Lehmann-Hirsch, Anm. 27; Horrwitz-Ullmann, Anm. 12: „Weil hier keine wirtschaftliche Verknüpfung zwischen beiden Gesellschaften kausal ist für den beherrschenden Einfluß".

65) Dür.-Hach., Anm. 46 u. Schlegelb.-Quass.-Schm., Anm. 33.

66) Lehmann-Hirsch, Anm. 28.

67) RGZ. 112, 273; 119, 388; 133, 90.

68) Schlegelb.-Quass.-Schm. a. a. O.; Lehmann-Hirsch a. a. O.

oder der herrschende Konsorte wird auch für längere Zeit beauftragt, das Stimmrecht einheitlich für alle auszuüben [69]).

Was nun die abhängigen Personalgesellschaften anlangt, so ist bei ihnen die Möglichkeit einer stimmenmäßigen Beherrschung insoweit ausgeschlossen, als es hinsichtlich ihrer Struktur bei den gesetzlichen Bestimmungen verbleibt. Es ist zwar anerkannten Rechts, daß sich eine Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien auch als persönlich haftender Gesellschafter an einer Offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementärin oder Kommanditistin an einer Kommanditgesellschaft beteiligen kann [70]). Die Beschlußfassung erfordert aber, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorschreibt, sowohl bei der Offenen Handelsgesellschaft wie auch bei der Kommanditgesellschaft Einstimmigkeit [71]). Selbst wenn Abstimmung zugelassen ist, so erfolgt diese im Zweifel nicht nach dem Maß der Beteiligung, sondern nach Köpfen [72]). Die Abhängigkeit muß daher entweder im Gesellschaftsvertrag verankert oder anderweit durch Vertrag festgelegt sein.

β) Die organisatorische Abhängigkeit.

Neben der stimmenmäßigen Abhängigkeit kommt als weitere Art die organisatorische Abhängigkeit in Betracht [73]). Eine solche kann z. B. vorliegen, wenn in der Satzung einer Gesellschaft bestimmt ist, daß zu wichtigen Entschließungen die Zustimmung einer andern Gesellschaft erforderlich ist oder daß die Besetzung der Mehrheit der Aufsichtsrats- oder der Vorstandsmitglieder an die Zustimmung der anderen Gesellschaft gebunden ist [74]).

Wenn eine Aktiengesellschaft an einer Offenen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditgesellschaft beteiligt ist, so würde ein organisatorisches Abhängigkeitsverhältnis u. a. dann vorhanden sein, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag der Aktiengesellschaft die Geschäftsführung übertragen ist und auch zu ungewöhnlichen Geschäften nicht die Zustimmung der anderen Gesellschafter erforderlich ist [75]).

γ) Die vertragliche Abhängigkeit.

Schließlich kann die Herstellung eines Abhängigkeitsverhältnisses durch vertragliche Vereinbarungen bewirkt werden. Infolge des im geltenden Recht herrschenden Grundsatzes der Vertrags-

69) RGZ. 111, 405.
70) RGZ. 105, 101 ff. (104).
71) §§ 119 Abs. 1, 161 HGB.
72) §§ 119 Abs. 2, 161 HGB.
73) Vgl. oben S. 22.
74) Neufeld in JW. 1931, 3043.
75) Düringer-Hachenburg, § 226 Anm. 46.

freiheit bestehen für die Ausgestaltung eines vertraglichen Abhängigkeitsverhältnisses zahlreiche Möglichkeiten, von denen hier nur einige Beispiele angeführt werden sollen.

Eine vertragliche Abhängigkeit liegt z. B. vor, wenn ein ganzes Unternehmen, also ihre gesamte Geschäftsführung, dem Willen eines anderen unterstellt ist, wie es bei der sogen. Organgesellschaft der Fall ist, die in einem quasi Angestelltenverhältnis steht.

Auch durch Betriebsüberlassungs- und Betriebspachtverträge kann ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 226 Abs. 4 begründet werden, wenn der Betrieb der Unternehmung als Ganzes überlassen wird [76]).

Daneben kommen auch Interessengemeinschaften auf der Basis der Subordination vor. In solchen Fällen behält sich die führende Gesellschaft einen weitgehenden Einfluß auf die untergeordneten Gesellschaften vor, denen sie meist eine Dividendengarantie gewährt.

Schließlich können auch durch Treuhandverträge Gesellschaften die Führung über ihr Unternehmen einer anderen Gesellschaft überlassen und somit sich in deren völlige Abhängigkeit begeben, was häufig gegen eine feste Vergütung geschieht.

c) Die Einheitstheorie.

Bevor wir uns der durch die Aktienrechtsnovelle getroffenen Regelung der Beziehungen zwischen der abhängigen und der herrschenden Gesellschaft zuwenden, soll auf die im Schrifttum unternommenen Versuche eingegangen werden, solche Unternehmenszusammenfassungen, für die früher die Bezeichnung Mutter- und Tochtergesellschaft verwandt wurde [77]), als ein einheitliches Rechtsgebilde zu behandeln.

Eine Theorie vom Gesamtunternehmen im Rechtssinn ist zuerst von Isay in seinem Buch „Das Recht am Unternehmen" entwickelt worden. Isay sucht im ersten Teil seiner Ausführungen nachzuweisen, daß sich in dem Unternehmen ein durch die Arbeit des Unternehmers und seiner Organe geschaffenes Immaterialgut verkörpere, daß in der inneren Organisation des Unternehmens, in der darin angesammelten Geschäftserfahrung sowie in den Beziehungen des Unternehmens zu Lieferanten und Kunden bestehe, dessen Verletzung die Rechtsordnung zu ahnden habe [78]). Hiervon

76) Schlegelb.-Quass.-Schm., Anm. 33; Dür.-Hach., Anm. 47; Rosendorff, S. 404; Friedländer, Anm. 14b; abweichend Lehmann-Hirsch, Anm. 30.

77) Die Bezeichnung stammt von Haußmann, Tochterges., S. 22/23 und ist auch in der Volkswirtschaftslehre herrschend, vgl. Liefmann, Kartelle, S. 278.

78) Isay, Recht am Unternehmen, S. 27 u. 41.

ausgehend meint Isay, daß auch dort, wo mehrere Unternehmungen nicht nur vorübergehend oder gelegentlich sich unterstützen, sondern dauernd nach festem Plan zusammen arbeiten [79]), ein einheitliches Recht an diesem „zusammengesetzten oder komplexen Unternehmen" anzunehmen sei, auch wenn die Unternehmungen verschiedenen Rechtssubjekten zustehen [80]). Als Beispiele zusammengesetzter Unternehmungen führt er u. a. solche an, die als Tochtergesellschaften einer Zentralunternehmung entweder gegründet wurden oder durch Aktienkauf später dazu gemacht worden sind [81]).

In diesen Fällen, so meint Isay, wäre es reiner Formalismus, wollte man die materiell einheitliche Unternehmung um deswillen in zwei zerreißen, weil sie aus äußerlichen Gründen in zwei Rechtsformen gegossen werden. Das Wesen einer Filiale beispielsweise werde doch nicht dadurch geändert, daß sie zu einer Aktiengesellschaft erhoben würde [82]).

Gegenüber der von Isay vertretenen Lehre vom einheitlichen Rechtsgut am Gesamtunternehmen wird von Friedländer eine weitergehende, im Schrifttum als Einheitlichkeits- oder Einheits-Theorie [83]) bezeichnete Auffassung vertreten, wonach die in der Form der herrschend-abhängigen Gesellschaft zusammengefaßten Unternehmungen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich als eine Einheit anzusehen sind [84]).

Hierbei macht Friedländer allerdings die Einschränkung, daß auf gewissen Rechtsgebieten, so z. B. im eigentlichen Gesellschaftsrecht die formale Behandlung notwendig erscheint [85]). Es sei bei den einzelnen Rechtswesen immer zu prüfen, ob die rechtliche Regelung sich auf die niedere Einheit (Betrieb, Unternehmen) oder auf die höhere Einheit beziehe [86]). So könne im Steuer-, Kartell- und Vertragsrecht die wirtschaftliche Einheit als Rechtseinheit (Gesamtunternehmen) betrachtet werden, ohne Rücksicht auf die Rechtsform der einzelnen Unternehmungen. Auch für den Begriff des Gesamtunternehmens wie des Konzerns sei die Rechtsform nur insofern bedeutsam, als gewisse Rechtsformen der Konzernbildung im Normalfall ohne weiteres eine so enge Verbindung herbeiführ-

---

79) Isay, a. a. O. S. 108.
80) Isay, a. a. O. S. 98 ff.
81) Ders. S. 123.
82) Ders. S. 101/2.
83) Haußmann, Tochterges., S. 22/23, und Grundlegung, S. 92 ff.; Flechtheim, JW. 1924, 679.
84) Friedlaender, Konzernrecht, S. 41 ff. u. 132 ff. (bes. auch für den Fall der Einmanngesellschaft); ders. in St. u. W. 1923, 1110.
85) Friedländer in St. u. W. 1923, 1107 und Konzernrecht, S. 45.
86) Ders. Konzernrecht, S. 45.

ten, daß auch rechtlich eine Einheit vorliegt. Dies gelte insbesondere beim Pachtvertrag. Bei anderen Formen der Konzernbildung, so bei der Zusammenfassung durch Beteiligung und durch Interessengemeinschaftsvertrag hänge die einheitliche rechtliche Behandlung von der Intensität des Zusammenschlusses ab [87]). „Als Anhalt für die Feststellung einer Identität kann dienen, daß Identität gegeben ist, wenn eine so enge organisatorische Verknüpfung zwischen Vertragsgegner und abstimmenden Aktionär vorliegt, daß ein einheitlicher Wille erkennbar ist." Eine solche Identität sei im Regelfall bei der Einmanngesellschaft anzunehmen [88]).

Auch das Reichsgericht hat sich in einer Entscheidung [89]) auf den Boden der Einheitstheorie gestellt. Es handelt sich dort um den Fall, daß zwei Tochtergesellschaften, deren Kapital fast ganz in den Händen der Muttergesellschaft war, bei einer Kapitalserhöhung der Muttergesellschaft die neuen Aktien übernehmen sollten. Das Reichsgericht war der Auffassung, daß hier zwar nicht unmittelbar, so doch der Sache nach ein verbotener Erwerb eigener Aktien im Sinne des § 226 Abs. 2 a. F. vorlag. Wenn auch, führt das Reichsgericht aus, die beiden Tochtergesellschaften äußerlich selbständige Rechtspersönlichkeiten sind, so ist ihr Vermögen doch in Wahrheit Vermögen der Muttergesellschaft, so daß Zahlungen auf die Aktien in Wahrheit aus Mitteln der Muttergesellschaft geleistet werden. Weiterhin ergebe sich, daß eine Kapitalserhöhung nur dem Namen nach stattgefunden habe, da der Gesellschaft neue Aktiven nicht zugeführt würden, weil das Vermögen der Uebernehmer der Aktien wirtschaftlich mit dem der Muttergesellschaft zusammenfällt.

Der Isayschen Auffassung vom einheitlichen Rechtsgut am Gesamtunternehmen ist mit Recht entgegengehalten worden, daß mit der Feststellung der Merkmale dieses Immaterialgutes noch nicht der Beweis erbracht ist, daß auch ein subjektives Recht am Gesamtunternehmen besteht, das eines einheitlichen selbständigen Rechtsschutzes würdig ist [90]). Ein solches Recht läßt sich auch aus keinem Satz des positiven Rechts ableiten.

Gegen die Einheitstheorie hat vor allem Haußmann Stellung genommen [91]), indem er auf die Folgen hinweist, die sich bei einer konsequenten Durchführung dieser Theorie ergeben würden. Die zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft getroffenen Ab-

87) Vers. Konzernrecht, S. 59.
88) Friedländer, Konzernrecht, S. 303.
89) RGZ. 108, 41 = JW. 1924, 679.
90) Kahn in St. u. W. 1923, 1096/97; Haußmann, Grundlegung, S. 70/71.
91) Haußmann, Tochterges., S. 27 ff., und Grundlegung, S. 92 ff.; vgl. auch Ruth, eigene Aktien, S. 37.

machungen würden plötzlich in der Luft schweben, der Vorstand der Tochtergesellschaft wäre eines Tages kein Vorstand mehr, die im Konzern stehende Gesellschaft keine Gesellschaft mehr[92]). Die Verhältnisse lägen nicht so einfach, daß man ohne weiteres die rechtliche Form ignorieren und Wirtschaftsformen mit Rechtsformen in einen Topf werfen könnte[93]).

Nach Haußmann kann es sich bei dem ganzen Problem nur darum handeln, die Grenzen zwischen der rechtlich bestehenden Selbständigkeit der Tochtergesellschaft und ihrer Unselbständigkeit nach gewisser Richtung zu finden und daraus die Konsequenzen für jeden Rechtstatbestand besonders zu ziehen[94]).

Auch Flechtheim wendet sich in der Besprechung des Reichsgerichtsurteils im Bd. 108, 41 gegen die Einheitstheorie und betont vor allem, daß, selbst wenn die Abhängigkeit einer Tochtergesellschaft so weit geht, daß sie wirtschaftlich als bloße Filiale der Muttergesellschaft erscheint, so doch jede Gesellschaft ihre eigenen Gläubiger hat, die sich nicht ohne weiteres an das Vermögen der anderen Gesellschaft halten können[95]).

Das Reichsgericht ist in einer späteren Entscheidung betreffend den Stummkonzern von der Einheitstheorie abgerückt und hat ausdrücklich betont, daß es an der im Bd. 108 vertretenen Auffassung nicht mehr festhalte[96]).

Den von den Gegnern der Einheitstheorie vorgebrachten Gründen kann man durchaus beitreten. So lange der Gesetzgeber für diese Wirtschaftsgebilde nicht eine eigene Rechtsform schafft, muß der juristischen Gestaltung von herrschender und abhängiger Gesellschaft Rechnung getragen werden. Dies gilt insbesondere für die Frage der Schuldenhaftung. Die Gläubiger der herrschenden Gesellschaft haben keine Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen der abhängigen oder umgekehrt, selbst dann nicht, wenn die herrschende Gesellschaft sämtliche Anteile der abhängigen im Besitz hat[97]). Mit Recht hat Kahn[98]) darauf hingewiesen, daß das deutlichste Kennzeichen der rechtlichen Einheit einer Vermögensmasse gerade die Haftung des Vermögens für die Schulden des Vermögensinhabers sei. Die Auffassung jedoch, daß etwa die herrschende Gesellschaft für die Schulden der abhängigen aufzukommen hätte, wird aber selbst von den Anhängern der Einheitstheorie nicht vertreten. Auch

92) Haußmann, Tochterges., S. 28/29.
93) Haußmann, Tochterges., S. 27.
94) Haußmann, Tochterges., S. 30.
95) Flechtheim, JW. 1924, S. 679.
96) RGZ. 115, 253.
97) Gegen die gesetzgeberische Einführung einer solchen Haftung hat sich auch der Ausschuß für Aktienrecht der Akademie für deutsches Recht in seinem zweiten Bericht ausgesprochen, vgl. Berliner Börsen-Zeitung, Nr. 243.
98) Kahn, St. u. W. 1923, 1097.

bei den Untersuchungen von Hamburger[99]) über die Haftung der herrschenden Konzerngesellschaft für Verbindlichkeiten der abhängigen vermißt man eine Klärung der Frage der direkten Haftung der herrschenden Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der abhängigen.

Es ist daher erklärlich, daß die Einheitstheorie im Sinn einer Rechtseinheit der beiden Gesellschaften sich weder im Schrifttum noch in der Praxis hat durchsetzen können. Auch in der Aktienrechtsnovelle ist entgegen der Behauptung mancher Schriftsteller[100]) die Einheitstheorie nicht zur Anerkennung gelangt, sondern es ist daran festgehalten, daß die durch ein Abhängigkeitsverhältnis verbundenen Gesellschaften grundsätzlich zwei rechtlich verschiedene Personen bleiben[101]).

Betrachtet man dagegen solche Unternehmenszusammenfassung vom wirtschaftlichen Standpunkt, so läßt sich nicht leugnen, daß durch die Beherrschung der abhängigen Gesellschaft im Innenverhältnis, die dazu führt, daß ihre Lebensäußerungen von dem Willen der herrschenden bestimmt werden, derselbe Erfolg wie mit einer Fusion erzielt wird. Die abhängige Gesellschaft wird in den Wirtschaftsbereich der herrschenden eingegliedert und bildet mit ihr ein einheitliches Wirtschaftsgebilde, das man als Konzern zu bezeichnen pflegt, für den ja die wirtschaftliche Einheit im Innenverhältnis begriffsnotwendig ist[102]), mögen auch die Auffassungen darüber, worin sich die wirtschaftliche Einheit beim Konzern am deutlichsten zeigt, im einzelnen auseinandergehen, was sich aus der unendlichen Mannigfaltigkeit der möglichen Konzernformen erklärt. Während Passow[103]) die wirtschaftliche Einheit in der Einheitlichkeit der Leitung erblickt, Liefmann[104]) besonders die finanzielle Zusammenfassung hervorhebt, hat schon Haußmann[105]) auf das Beherrschungselement als das die einzelnen Konzernteile einende Band hingewiesen, wobei es sich nach ihm namentlich um eine Vermögenszusammenfassung handelt[106]). In der möglichst weitgehenden Vermögensbeherrschung in der Form der Unterwerfung von Vermögensteilen oder der Vermögenssphäre eines Unternehmens unter den Machtbereich eines anderen liegt die wirtschaftliche Vereinheitlichung begründet[107]).

---

99) Hamburger, Schuldenhaftung für Konzerngef.
100) Rosendorff, S. 286, Friedländer, § 226 Anm. 40.
101) Quassowski, JW. 1931 S. 2918; Lehmann-Hirsch, § 226 Anm. 40.
102) Vgl. z. B. Liefmann, Kartelle, S. 275.
103) Passow, Betrieb, Unternehmen, Konzern, S. 105.
104) Liefmann, Kartelle, S. 276.
105) Haußmann, Grundlegung, S. 80/81.
106) Haußmann, Grundlegung, S. 84.
107) Haußmann, Grundlegung, 85, 106/7.

In den bisherigen Vorschriften des Aktienrechts hat es eine Reihe von Bestimmungen gegeben, bei denen die wirtschaftliche Einheit von herrschender und abhängiger Gesellschaft insofern eine Bedeutung erlangte, als die herrschende Gesellschaft durch die abhängige erreichen konnte, was ihr selbst durch diese Bestimmungen untersagt war, wie z. B. den Kauf eigener Aktien. Hier hat der Gesetzgeber eingegriffen und durch die neuen Bestimmungen der wirtschaftlichen Einheit der beiden Gesellschaften in starkem Maße Rechnung getragen.

II. Die Regelung der Beziehungen zwischen der abhängigen und der herrschenden Gesellschaft.

1. Die Hauptgründe für die Ausdehnung des Erwerbsverbots eigener Aktien auf den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige.

Nachdem wir bisher die wesentlichen Merkmale und die verschiedenen Arten der abhängigen Gesellschaft untersucht haben, wollen wir uns im folgenden den Bestimmungen zuwenden, welche die Aktienrechtsnovelle für die Beziehungen zwischen der abhängigen und der herrschenden Gesellschaft getroffen hat. Eine umfassende gesetzliche Regelung des Verhältnisses zwischen abhängiger und herrschender Gesellschaft hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen, da nach seiner Ansicht die Entwicklung auf diesem Gebiet noch nicht abgeschlossen ist[108]). Der Gesetzgeber hat sich vielmehr darauf beschränkt, das Verhältnis zwischen abhängiger und herrschender Gesellschaft in einzelnen Auswirkungen zu erfassen, insbesondere hat er dafür Sorge getragen, daß die Schaffung ungesunder Verschachtelungsverhältnisse unterbleibt. Von den einzelnen Vorschriften, die diesem Zweck dienen, sind vor allem die Bestimmungen bedeutsam, welche sich mit dem Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige befassen.

Durch die Novelle ist die Frage des Aktienerwerbs der abhängigen Gesellschaft von der herrschenden in demselben Sinn entschieden worden wie die Frage des Erwerbs eigener Aktien, indem in § 226 Abs. 4 Satz 1 bestimmt ist, daß die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden nur nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Vorschriften erwerben darf. Das Gleiche gilt für den Erwerb von Interimsscheinen. Diese Gleichstellung bedeutet, daß es der abhängigen Gesellschaft grundsätzlich verboten ist, Aktien der herrschenden zu erwerben, daß

108) Schlegelb.-Quass.-Schm., § 226 Anm. 43 u. JW. 1931, 2918.

aber auch für sie die vom Gesetz für den Erwerb eigener Aktien zugelassenen Ausnahmen in gleicher Weise gelten wie für die herrschende Gesellschaft. Bevor wir die maßgebenden Bestimmungen im einzelnen betrachten, sollen zunächst kurz die Hauptgründe dargelegt werden, die zum Erlaß des grundsätzlichen Erwerbsverbots eigener Aktien und dessen Ausdehnung auf den Erwerb durch die abhängige Gesellschaft geführt haben.

Neben juristischen Erwägungen sind vor allem wirtschaftliche maßgebend gewesen. Vom juristischen Standpunkt bestanden gegen den Erwerb eigener Aktien hauptsächlich insofern Bedenken, als ein solcher Erwerb den Grundsätzen des deutschen Aktienrechts widerspricht, nach denen die Aktionäre in voller Höhe des Grundkapitals an der Gesellschaft beteiligt sein sollen [109]). Diesem rechtlichen Gesichtspunkt kommt aber nicht die entscheidende Bedeutung zu, sondern ausschlaggebend für die Einführung des Erwerbsverbots sind die wirtschaftlichen Nachteile gewesen, die sich durch den unbeschränkten Erwerb eigener Aktien für die Gläubiger wie auch für die in der Aktiengesellschaft verbliebenen Aktionäre ergeben. Wirtschaftlich betrachtet besteht der Hauptmißstand bei dem Erwerb eigener Aktien darin, daß die Gesellschaft durch den Ankauf eigener Aktien nur Beteiligungen an einem Vermögen erwirbt, das ihr bereits gehört [110]). Wenn Stein [111]) dem entgegenhält, daß die Gesellschaft durch den Erwerb eigener Aktien doch insoweit etwas Neues zu ihrem bisherigen Vermögen hinzuerwirbt, als sie die freie Verfügungsmacht zurückerhält, so ist dies rein formal-juristisch gesehen zutreffend. Es müssen aber die wirtschaftlichen Folgen eines solchen Ankaufs berücksichtigt werden, von denen insbesondere die Gläubiger der Gesellschaft betroffen werden. Eine Gefährdung der Gläubiger ist vor allem insofern gegeben, als durch einen uneingeschränkten Erwerb eigener Aktien die Liquidität der Gesellschaft stark beeinträchtigt werden kann. Die zum Ankauf der eigenen Aktien verwendeten Mittel werden nämlich notwendigerweise dem Betrieb entzogen, und dadurch wird die Höhe des werbenden Vermögens verringert. Hinzu kommt, daß die im Portefeuille der Gesellschaft befindlichen eigenen Aktien nur einen sehr bedingten Wert darstellen, denn, wie die Krisenjahre 1930/31 gezeigt haben, waren die erworbenen eigenen Aktien entweder nur mit erheblichem Kursverlust zu verwerten oder überhaupt nicht mehr abzustoßen. Nehmen die Erwerbungen eigener Aktien ein größeres Ausmaß an, machen sie, wie es teilweise vorgekommen ist [112]), sogar die Hälfte des Grundkapitals aus,

109) §§ 178, 188 ff., 195 Abs. 2, 284 HGB.

110) Brodmann, § 226 Anm. 1a; Quassowski in JW. 1931, 29 19; Rheinstrom, § 226 Anm. I 2b; Ritter in JW. 1933, 27 48.

111) Diss., S. 15.

112) Vgl. die Beispiele in der Frankf. Ztg. v. 24. 3. 32, Nr. 224/26.

so können die Gläubiger im Fall der Liquidation solcher Gesellschaften ihre Forderungen nur sehr schwer oder überhaupt nicht realisieren, da die großen Posten an eigenen Aktien als nennenswerte Befriedigungsobjekte nicht in Betracht kommen. Die Interessen der Gläubiger können auch dadurch in Mitleidenschaft gezogen werden, daß die Gesellschaft die erworbenen eigenen Aktien einzieht und das Grundkapital entsprechend herabsetzt, wodurch dann die Kapitalbindung insoweit entfällt[113]).

Die Gefahr für die Aktionäre liegt hauptsächlich darin, daß den Aktionären, deren Aktien zurückgekauft werden, ihre Einlagen zurückgewährt werden[114]), während die in der Gesellschaft verbleibenden Aktionäre unter Umständen ihr Kapital verlieren.

Der übermäßige Erwerb eigener Aktien bringt aber abgesehen von den Nachteilen für Gläubiger und Aktionäre auch Gefahren für die gesamte Oeffentlichkeit mit sich. Durch den umfangreichen Aufkauf eigener Aktien werden die Kurse der Aktien vielfach auf eine Höhe getrieben, die dem inneren Wert der Aktien in keiner Weise entspricht. Mit dem Steigen der Kurse steigt aber meistenteils in der Oeffentlichkeit das Ansehen der Gesellschaft und damit wird gleichzeitig eine Erleichterung der Kreditbeschaffung gegeben. Die wahre Lage der Gesellschaft wird dadurch verschleiert, denn, wie wir bereits ausführten, tritt in solchen Fällen bei vielen Gesellschaften Illiquidität ein, die dann oft zur Zahlungseinstellung führt. Die durch das Steigen der Kurse angelockten Aktienkäufer wie auch die dadurch veranlaßten Kreditgeber gehen dann mit leeren Händen aus.

Durch die Ausdehnung des grundsätzlichen Erwerbsverbots eigener Aktien auf den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft seitens der abhängigen will der Gesetzgeber einer Umgehung des Verbots entgegentreten und damit gleichzeitig die unbegrenzte Möglichkeit der unübersichtlichen gegenseitigen Verschachtelung von Gesellschaften ausschalten. Es ist nämlich häufig vorgekommen, daß Aktiengesellschaften gerade im Hinblick auf die Beschränkungen, denen sie bereits nach den alten Vorschriften bezüglich des Erwerbs eigener Aktien unterlagen, kraft ihres Einflusses andere Gesellschaften zu Käufen ihrer eigenen Aktien veranlaßten, die sie selbst nicht vornehmen durften, so z. B. wenn durch den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft deren Kurs gestützt und damit die Kreditwürdigkeit erhalten werden sollte. Durch solche Manöver werden die Interessen der Gläubiger und Aktionäre der herrschenden Gesellschaft ebenso nachteilig berührt wie beim Erwerb eigener Aktien, denn wirtschaftlich be-

113) Quassowski in JW. 1931, 2919.
114) Lehmann, Recht der A.G., Bd. 2 S. 76 und Dür.-Hach., § 226 Anm. 2.

trachtet handelt es sich bei diesen von der abhängigen Gesellschaft erworbenen Aktien in Wahrheit um indirekt eigene Aktien der herrschenden [115]), was am folgenden Beispiel gezeigt werden soll.

Ist die herrschende Gesellschaft im Besitz sämtlicher Anteile der abhängigen, so hat sie wirtschaftlich gesehen, das gesamte Vermögen der abhängigen Gesellschaft in ihrer Hand. Veranlaßt nun die herrschende Gesellschaft die abhängige, ihr gesamtes Vermögen in Aktien der herrschenden anzulegen, so bildet dieser Aktienbesitz der abhängigen Gesellschaft, indirekt einen Vermögensbestandteil der herrschenden, da diese Aktien gewissermaßen die Deckung bilden für die im Besitz der herrschenden Gesellschaft befindlichen Aktien der abhängigen. Rein zahlenmäßig würde sich dieser Vorgang folgendermaßen abspielen. Die herrschende Gesellschaft übernimmt das Aktienkapital einer anderen von 500 000 Reichsmark zum Nennwert. Die herrschende Gesellschaft zahlt dieser Aktiengesellschaft den Betrag von 500 000 RM. aus. Kauft nun die jetzt völlig abhängige Gesellschaft für diesen Betrag Aktien der sie beherrschenden Gesellschaft, so sind es in Wahrheit eigene Mittel der letzteren, die zum Ankauf von deren Aktien verwendet werden.

Bei der wirtschaftlich engen Verbundenheit zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft macht es daher keinen Unterschied, ob die herrschende Gesellschaft selbst ihre eigenen Aktien erwirbt oder ob sie sich dazu einer abhängigen Gesellschaft als Mittlerin bedient; die Gefahren sind in beiden Fällen dieselben.

Es ist daher zu begrüßen, daß die Aktienrechtsnovelle durch die Erweiterung des Erwerbsverbots eigener Aktien auf den Erwerb solcher Aktien seitens der abhängigen Gesellschaft der wirtschaftlichen Identität beider Gesellschaften insoweit Rechnung getragen hat und damit einem nicht nur dem Wesen der Aktiengesellschaft widersprechenden, sondern auch wirtschaftlich ungesunden Zustand ein Ende gesetzt hat.

Der Vorwurf *Rheinstroms*, daß die Vorschrift des § 226 Abs. 4 nur halb sei, weil der Erwerb von Aktien der abhängigen Gesellschaft durch die herrschende nicht verboten sei, erscheint nicht gerechtfertigt, denn der Umstand, daß eine Gesellschaft sich an einer anderen, wenn auch 100prozentig beteiligt, bringt für die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft keine Gefahren mit sich, da der abhängigen Gesellschaft ja reale Werte zufließen. Die Aktienrechtsnovelle will ja nur verhindern, daß gegenseitig Aktien ausgetauscht werden, ohne daß irgendwie das Vermögen der einen oder anderen Gesellschaft einen Zuwachs erhält. Es sind daher dem Erwerb von Aktien einer abhängigen Gesellschaft durch die herrschende mit Recht keinerlei Schranken gesetzt.

---

115) *Weisbart* in Ring-Schachian, S. 449.

Wir wollen nun auf die einzelnen Bestimmungen der Novelle eingehen, und zwar zunächst die Regelung bezüglich des Aktienerwerbs betrachten. Für die abhängige Gesellschaft bestehen folgende Möglichkeiten, Aktien der herrschenden zu erwerben:

1. Sie zeichnet Aktien der herrschenden,
2. sie erwirbt Aktien der herrschenden, die bisher in deren Besitz waren,
3. sie erwirbt Aktien der herrschenden von dritter Seite.

Das Gesetz unterscheidet nur zwischen Erwerb durch Zeichnung und Erwerb schlechthin [116]). Unter die vom Gesetz für den Erwerb von Aktien getroffenen Regeln fällt sowohl der Fall 3 wie auch der Fall 2, da für die Frage des Aktienerwerbs beide Gesellschaften als eine Einheit angesehen werden.

2. Verbot der Zeichnung von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige.

Der originäre Erwerb von Mitgliedschaftsrechten an einer Aktiengesellschaft in der Form der Zeichnung ist in zwei Fällen möglich, einmal bei der Gründung einer Aktiengesellschaft (§ 189 HGB.) und dann bei der Kapitalerhöhung (§ 281 HGB.). Der Fall der Zeichnung von Aktien bei der Gründung scheidet von vornherein aus, da ja das Bestehen einer Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien als herrschende Gesellschaft vorausgesetzt wird. Es kommt demnach nur die Zeichnung von Aktien im Fall einer Kapitalerhöhung der herrschenden Gesellschaft in Betracht. Die Novelle bestimmt, daß die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden nicht zeichnen darf. Durch diese Vorschrift entscheidet die Novelle eine bisher im Schrifttum [117]) viel erörterte und auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts [118]) verschieden beurteilte Streitfrage im Sinne der Unzulässigkeit der Zeichnung. Zu welchem wirtschaftlich ungesunden Ergebnis die Zulässigkeit der Zeichnung führen kann, zeigt ein Beispiel, das Kronstein anführt [119]). Eine abhängige Gesellschaft verfügt nur über ein zu 25 % eingezahltes Aktienkapital, das von der herrschenden Gesellschaft bei ihr eingezahlt wird. Wenn jetzt die abhängige Gesellschaft im Falle der Kapitalerhöhung der herrschenden Gesellschaft bei dieser die neuen Aktien zeichnet, so kann sie die Verpflichtung, die gezeichneten Aktien zu bezahlen, nur mit den ihr vorher von der herrschenden Gesellschaft zur Verfügung gestellten Mitteln er-

116) § 226, Abs. 4 S. 1 u. 2.
117) Flechtheim, JW. 1924, 679 Anm. u. JW. 1925, 572; Brodmann, Komm. z. GmbHG., S. 188; Horrwitz, Das Recht der Generalversammlung, 136 ff.; Kronstein, a. a. O. S. 122/23.
118) RGZ. 108, 41; 115, 253.
119) A. a. O. S. 123.

füllen. Das bedeutet aber, daß sie keinerlei neue Mittel hereinbekommt, sondern lediglich das ihr früher gehörende Kapital bei sich selbst wieder einzahlt.

Fraglich ist, inwieweit das Zeichnungsverbot sich auch auf die Zeichnung für Rechnung der abhängigen Gesellschaft erstreckt, da das Gesetz zu dieser Frage keine Stellung nimmt. Da die Bestimmung der Novelle die Zeichnung von Aktien der herrschenden Gesellschaft der abhängigen ausnahmslos verbietet, so darf man annehmen, daß auch die Zeichnung für Rechnung der abhängigen Gesellschaft von dem Verbot erfaßt werden soll[120]).

Da ein Verstoß gegen das Zeichnungsverbot die gleichen Folgen hat wie ein unzulässiger derivativer Erwerb, kann diese Frage bei der Erörterung der Folgen des verbotswidrigen Aktienerwerbs mitbehandelt werden.

3. Die Ausnahmen von dem grundsätzlichen Erwerbsverbot von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige.

Während die Zeichnung von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige absolut verboten ist, läßt die Novelle den Erwerb von Aktien in bestimmten Fällen zu, und zwar darf die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden erwerben,

a) wenn der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist,
b) wenn der Erwerb zur Ausführung einer Einkaufskommission dient,
c) wenn der Erwerb zum Zweck der Einziehung der Aktien erfolgt.

Wir wollen uns in der Behandlung dieser Ausnahmefälle an die gesetzliche Reihenfolge halten und zuerst den Fall a), den sogenannten Noterwerb erörtern.

a) Der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens.

Betrachtet man die Voraussetzungen, unter denen der Noterwerb zugelassen ist, so kann zunächst festgestellt werden, daß es nicht erforderlich ist, daß die Aktien in solchen Fällen voll eingezahlt sind. Auch nicht volleingezahlte Aktien können zur Abwendung eines schweren Schadens erworben werden, wie der Vergleich mit den Bestimmungen über die beiden anderen Ausnahmen des Erwerbsverbots zeigt, in denen das Erfordernis der Volleinzahlung ausdrücklich hervorgehoben ist[121]). Der unterschied-

120) Uebereinstimmend: Reufeld, § 226 Anm. 4 (Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 15); Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 38.
121) Vgl. § 226 Abs. 4 S. 2 Ziff. 1 u. 2.

lichen Behandlung liegt offenbar der Gedanke zugrunde, daß, wenn der Gesellschaft einmal ein schwerer Schaden droht, die Abwendung eines solchen Schadens nicht an dem Umstand scheitern soll, daß Einzahlungen auf die Aktien noch ausstehen[122]). Die Möglichkeit der herrschenden Gesellschaft, in Notfällen die abhängige Gesellschaft zu Käufen ihrer Aktien zu veranlassen, ist jedoch sehr begrenzt, denn das Gesetz bestimmt, daß der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien 10% oder einen von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Prozentsatz — eine solche Festsetzung ist bisher noch nicht erfolgt — des Grundkapitals nicht übersteigen darf. Der Wortlaut des Gesetzes in Abs. 4 „Erwerb eigener Aktien" hat zu der Frage Anlaß gegeben, ob die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden bis zu 10% des Kapitals dieser oder des eigenen Kapitals erwerben darf[123]). Aus der Tatsache, daß die Novelle zu den abhängigen Gesellschaften nicht nur Kapitalgesellschaften, sondern auch Gesellschaften wie die Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft rechnet, welche nach ihrer rechtlichen Struktur gar nicht in der Lage sind, eigene Aktien zu erwerben, ergibt sich schon, daß der Ausdruck „Erwerb eigener Aktien" sich nur auf die herrschende Gesellschaft beziehen kann. Abgesehen hiervon kann nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift für die Berechnung des Prozentsatzes nur die Kapitalsziffer der herrschenden Gesellschaft maßgebend sein[124]), andernfalls die Bestimmung durch Gründung von abhängigen Gesellschaften mit sehr hohem Kapital leicht umgangen werden könnte.

Aus dem durch die Novelle in bezug auf den Aktienerwerb zur Anerkennung gelangten Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Einheit beider Gesellschaften folgt ferner, daß die abhängige und die herrschende Gesellschaft nur zusammen 10% des Aktienkapitals der letzteren erwerben dürfen[125]).

In diesem Zusammenhang interessiert weiterhin die Frage, ob in den Höchstsatz von 10% auch die Aktien einzurechnen sind, welche die herrschende bzw. die abhängige Gesellschaft zur Zeit des Erlasses der Novelle bereits in ihrem Besitz hatten. Aus der Bestimmung des § 226 Abs. 1 Ziff. 2 betreffend den Erwerb zur Einziehung, die eine Einrechnung des Besitzes an eigenen Aktien vorsieht, darf man entnehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er auch

---

122) Quassowski in JW. 1931, 2920.

123) Vgl. Pinner in JW. 1931, 2931.

124) Vgl. u. a. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Anm. 39; Neufeld, Anm. 5 und JW. 1931, 3043; Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 50; Dür.-Hach., Anm. 50; a. M. Goldschmit, Anm. 15.

125) Quassowski in JW. 1931, 2922; Neufeld in JW. 1931, 3043; Flechtheim, BankArch. 1931, 13; Lohmeyer, Diss., S. 23; Lehm.-Hirsch, Anm. 51.

für den Fall des Noterwerbs eine solche Einrechnung gewollt hätte, diese ausdrücklich angeordnet hätte. Da dies nicht geschehen ist, ist die Annahme gerechtfertigt, daß die abhängige Gesellschaft ohne Rücksicht auf die vor dem 1. Oktober 1931 erworbenen Aktien 10 % des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft erwerben kann, soweit nicht bereits die herrschende Gesellschaft selbst schon von der Ausnahme des Erwerbsverbots zu einem Teil Gebrauch gemacht hat[126]). Die entgegengesetzte Auffassung würde dazu führen, daß für viele Gesellschaften die neuen Vorschriften illusorisch wären, da ja manche Gesellschaften sogar über einen Besitz an eigenen Aktien von mehr als die Hälfte ihres Kapitals zur Zeit des Erlasses der Novelle verfügt haben, worauf bereits im anderen Zusammenhang hingewiesen wurde[127]).

Trotz der vom Gesetz eindeutig festgesetzten Höchstgrenze der Erwerbsmöglichkeit von Aktien wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß die herrschende wie auch die abhängige Gesellschaft in Notfällen unabhängig von früheren zur Abwendung eines schweren Schadens getätigten Erwerbsgeschäften und ohne Rücksicht auf den Gesamtnennbetrag eigener Aktien, die sie bereits auf Grund dieser Geschäfte im Portefeuille haben, jederzeit Aktien bis zu 10 % des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft erwerben dürfen[128]). Diese Schriftsteller berufen sich für ihre Auffassung auf die Vorschrift des § 226 Abs. 1 Ziff. 2. Sie sind der Meinung, daß, weil hier eine ausdrückliche Einrechnung der bereits vorhandenen eigenen Aktien vorgesehen sei und dieses Erfordernis im § 226 Abs. 1 fehle, der vorhandene Besitz an eigenen Aktien in diesem Falle außer Betracht zu bleiben habe. Wir haben bereits darauf hingewiesen[129]), daß die Einrechnung nur den Besitz an eigenen Aktien vor dem 1. Oktober 1931 betrifft. Die Novelle will gerade für die Zukunft den vor ihrem Erlaß eingetretenen Mißbräuchen vorbeugen, will aber aus den bereits dargelegten Gründen unberücksichtigt lassen, was vor dem 1. Oktober 1931 geschehen ist. Würde man der Ansicht dieser Schriftsteller folgen, dann könnten die abhängige und die herrschende Gesellschaft dauernd von neuem 10 % der ausstehenden Aktien erwerben, bis sie schließlich im Besitze sämtlicher Aktien wäre. Mit Recht wird daher von Schlegelberger-Quassowski-Schmölder[130]),

---

126) Schlegelb.-Quass.-Schm., Anm. 14; Staub-Pinner, Anm. 10; Dür.-Hach., Anm. 19.

127) Vgl. oben S. 32.

128) Lehm.-Hirsch, Anm. 52; Dür.-Hach., Anm. 19; Flechtheim, BankArch. 31, 13; Kronstein, ZHR. 1931, 222; Brodmann ZHR. 1932, 53; Köppel, BankArch. 31, 75.

129) Vgl. oben.

130) § 226 Anm. 14.

Neufeld[131]), Horrwitz-Ullmann[132]), Staub-Pinner[133]), Friedländer[134]) und Rosendorff[135]) der gegenteilige Standpunkt vertreten, denn die abhängige bzw. herrschende Gesellschaft sind ja nach erfolgter Abwehr der Gefahr jederzeit wieder in der Lage, die erworbenen Aktien entweder einzuziehen oder wieder zu veräußern[136]). Wenn beispielsweise die abhängige Gesellschaft zusammen mit der herrschenden auf Grund eines Noterwerbs schon 8 % eigene Aktien besitzen, so können sie in einem weiteren Notfall zusammen nur noch 2 % Aktien erwerben. Der von Goldschmit[137]) vertretenen Auffassung, daß für den Höchstsatz auch noch diejenigen Aktien einzurechnen sind, die auf Grund der beiden anderen Ausnahmefälle erworben sind, kann allerdings nicht zugestimmt werden. Die Zulassung der anderen Ausnahmen des Erwerbsverbots beruht auf ganz anderen Gesichtspunkten und berührt den Noterwerb in keiner Weise. Werden z. B. eigene Aktien zum Zweck der Einziehung erworben, so berechnet sich der Hundertsatz automatisch nach dem durch die Einziehung verringerten Grundkapital. Es besteht daher keine Gefahr, wenn die 10 % ausschließlich auf die Fälle des Noterwerbs bezogen werden.

Ebenso wie für die festgesetzte Höchstgrenze der Erwerbsmöglichkeit von Aktien sind auch für die Frage der Schadensabwehr die Verhältnisse der herrschenden Gesellschaft maßgebend[138]). Abgesehen davon, daß hierfür schon die unselbständige Stellung der abhängigen Gesellschaft gegenüber der herrschenden spricht, wäre bei der gegenteiligen Meinung nicht recht ersichtlich, inwiefern die abhängige Gesellschaft durch den Erwerb von Aktien der herrschenden eine ihr selbst drohende Gefahr beseitigen könnte. Die Zulässigkeit des Erwerbs von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige hängt also von der Feststellung ab, ob der herrschenden Gesellschaft ein schwerer Schaden droht.

Für die Auslegung des Begriffs „Abwendung eines schweren Schadens" ergeben sich jedoch Schwierigkeiten, da die Novelle hierüber keine nähere Auskunft gibt und auch keine Beispiele anführt. Man darf aber annehmen, daß der Gesetzgeber absichtlich

---

131) § 226 Anm. 3a.
132) § 226 Anm. 19.
133) § 226 Anm. 10.
134) § 226 Anm. 7a.
135) Das neue deutsche Aktienrecht, S. 289.
136) Neufeld in JW. 1931, 3042 und Quassowski in JW. 1931, 2920.
137) § 226 Anm. 22.
138) Schlegelb.-Quassowski-Schmölder, Anm. 42; Neufeld, Anm. 5; Lehm.-Hirsch, Anm. 35; Dür.-Hach., Anm. 50; u. a. m.

eine feste Umgrenzung des Begriffs vermieden hat, und zwar wohl mit Rücksicht auf den ständigen Wechsel der wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Entwicklung hat ja auch gezeigt, daß stets neue Gefahren auftreten können — als Beispiel sei nur die Ueberfremdungsgefahr in der Inflationszeit genannt —, die sich zu einer schweren Schädigung auswirken können. Der Begriff darf daher nicht zu eng ausgelegt werden und auch nicht zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schädigungen unterschieden werden, da das Gesetz ganz allgemein von der Abwendung schwerer Schäden spricht. Wenn sich daher für die Frage, ob ein Schaden schwer ist, auch keine allgemeine Regeln aufstellen lassen, die Entscheidung hierüber vielmehr nur nach Lage des einzelnen Falls getroffen werden kann[139]), so wird man immerhin berücksichtigen müssen, daß noch nicht in jedem Vermögensverlust oder in jedem entgehenden Gewinn ein schwerer Schaden zu erblicken ist. Andererseits dürfte ein Erwerb von Aktien nicht erst dann zulässig sein, wenn der Bestand des Unternehmens erheblich gefährdet ist[140]). Für die Beurteilung des einzelnen Falles wird man vor allem von der Erwägung ausgehen müssen, in welchem Verhältnis der durch das Unterbleiben des Aktienerwerbs eintretende Schaden zu dem mit dem Erwerb verbundenen Risiko steht[141]). Der Schaden kann dem Umfang nach verhältnismäßig klein, aber trotzdem schwer sein, weil das Risiko des Aktienerwerbs sehr gering ist. Ein solcher Fall würde z. B. gegeben sein, wenn ein Schuldner der Gesellschaft als einziges Vermögensstück nur Aktien der Gesellschaft besitzt. Die Gesellschaft würde ihre Forderung verlieren, wenn sie die Aktien nicht an Zahlungsstatt annehmen könnte. Das mit dem Aktienerwerb verbundene Risiko steht hier in gar keinem Verhältnis zu dem durch das Unterbleiben des Erwerbs eintretenden Schaden.

Auch die weitere Frage, ob für die Abwendung des Schadens der Aktienerwerb notwendig ist, kann ebenfalls nur von Fall zu Fall unter objektiver Würdigung aller zur Zeit des Erwerbs gegebenen tatsächlichen Umstände entschieden werden[142]), da der

139) Quassowski in JW. 1931, 2920; Pinner in JW. 1931, 2930; Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 48; Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 17; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 11.

140) So ohne Grund Staub-Pinner, § 226 Anm. 8.

141) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 11 und Ritter in JW. 1933, 2742.

142) Schlegelb.-Quass.-Schmölb., Anm. 13; Neufeld, Anm. 3 und JW. 31, 3041; Staub-Pinner, Anm. 8a; Dür.-Hach., Anm. 16; Quassowski in JW. 1931, 2920; Ritter in JW. 1933, 2742.

Aktienerwerb als ultimum refugium betrachtet werden muß[143]) und ein und dieselbe Gefahr noch nicht unbedingt bei jeder Gesellschaft durch den Erwerb von eigenen Aktien abgewendet zu werden braucht. Vielfach werden — vorbehaltlich der Prüfung im einzelnen — die durch den Konkurrenzkampf hervorgerufenen Gefahren einen ausreichenden Anlaß zum Aktienerwerb bieten können. So dürfte ein zur Abwendung eines schweren Schadens notwendiger Aktienerwerb, zu dem die abhängige Gesellschaft von der herrschenden herangezogen werden könnte, z. B. dann vorliegen, wenn die Aktien von einem anderen erworben würden, der mit Hilfe der Aktien die herrschende Gesellschaft schwer schädigen würde, z. B. von einem Konkurrenzunternehmen oder einem Syndikat oder Syndikatsmitglied, falls die herrschende Gesellschaft außerhalb des Syndikats steht. Mitunter wird die Konkurrenz auch versuchen, die Gesellschaft dadurch zu schädigen, daß sie ein größeres Paket von deren Aktien auf den Markt wirft, um den Börsenkurs der Aktien zu drücken und dadurch den Kredit der Gesellschaft zu schädigen oder auf schwebende Verhandlungen einen Druck auszuüben. Auch bei der Abwehr derartiger ungerechtfertigter Baissеangriffe kann die abhängige Gesellschaft durch den Erwerb von Aktien der herrschenden mitwirken. Dagegen ist der Erwerb lediglich zum Zweck normaler Kurspflege nicht statthaft[144]).

Mag auch durch die sehr allgemein gehaltene Ausdrucksweise für die Anwendung der Vorschrift für den Noterwerb ein breiter Spielraum bleiben, so liegt doch darin keine ernste Gefahr, weil durch die Festsetzung einer Höchstgrenze einem übermäßigen Aktienerwerb von vornherein vorgebeugt ist.

b) Der Erwerb zum Zweck der Ausführung einer Einkaufskommission.

Die zweite Ausnahme von dem grundsätzlichen Erwerbsverbot besteht darin, daß die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden zur Ausführung einer Einkaufskommission erwerben darf. Voraussetzung ist in einem solchen Fall nur, daß die Aktien voll eingezahlt sind, d. h. es muß auf sie der Nennbetrag einschließlich eines etwaigen Aufgeldes voll geleistet sein, im übrigen ist ein derartiger Erwerb unbeschränkt zulässig. Unter Einkaufskommission ist der Erwerb in eigenem Namen aber für fremde Rechnung zu verstehen[145]). Die Ausnahmebestimmung rechtfertigt

143) Neufeld, Anm. 3; Goldschmit, Anm. 19; Lehm.-Hirsch, Anm. 46; Staub-Pinner, Anm. 8.

144) Quassowski in JW. 1931, 2920; Neufeld in JW. 1931, 3041; Lehm.-Hirsch in JW. § 226 Anm. 47; Binapfl, Diss., S. 48; a. M. Staub-Pinner, § 226 Anm. 8.

145) Vgl. § 383 HGB.

sich aus der Erwägung, daß bei einem solchen Erwerb der Erwerber nur vorübergehend die Rechtsstellung des Eigentümers einnimmt, da er nach Ausführung der Kommission verpflichtet ist, das Eigentum an den Aktien sofort auf den Auftraggeber zu übertragen, sei es gemäß § 384 Abs. 2 HGB., sei es aus § 7 DepotG. oder auf Grund eines Besitzkonstituts nach BGB., während der Kommissionär den Anspruch auf den Kaufpreis hat. Wirtschaftlich gesehen gehören die auf Grund einer Einkaufskommission aufgekauften Aktien von Anfang an schon zum Vermögen des Kommittenten, so daß durch einen solchen Erwerb die Interessen der Gläubiger und Aktionäre in keiner Weise nachteilig berührt werden können. Die Einkaufskommission kann auch in Form des Selbsteintritts erfolgen (§ 400 HGB.). Auch in einem solchen Fall muß der abhängigen Gesellschaft gestattet sein, Aktien der herrschenden zu erwerben und sie als Verkäufer wieder abzusetzen [146]).

Da der Fall der Verkaufskommission vom Gesetz nicht geregelt ist, könnte man auf Grund des argumentum e contrario der Meinung sein, daß ein solches Geschäft verboten ist. Nach herrschender Ansicht und ständiger Rechtsprechung geht aber in einem solchen Fall das Eigentum an Kommissionsgut sogleich von dem Kommittenten auf den Erwerber über, ohne daß der Kommissionär auch nur vorübergehend Eigentum erwerben würde, so daß auch ein solches Rechtsgeschäft als erlaubt gelten muß [147]).

Nicht zulässig ist dagegen der Erwerb zur Ausführung einer Verkaufskommission im Wege des Selbsteintritts (§ 400 HBG.), bei welchem der Kommissionär das, was er für den Kommittenten verkaufen soll, ihm selber abkauft [148]), d. h. die abhängige Gesellschaft könnte die Aktien der herrschenden behalten und brauchte nur den Kaufpreis zu zahlen.

c) Der Erwerb zum Zweck der Einziehung.

Durch die dritte von der Novelle zugelassene Ausnahme vom grundsätzlichen Erwerbsverbot ist der abhängigen Gesellschaft schließlich noch erlaubt, Aktien der herrschenden zum Zwecke der Einziehung zu erwerben. Der Erwerb ist jedoch auch hier nur unter der Voraussetzung zulässig, daß die Aktien voll eingezahlt sind. Ferner darf der Gesamtbetrag der zur Einziehung zu erwerbenden Aktien 10 % oder einen von der Reichsregierung fest-

146) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 16; Staub-Pinner, § 226 Anm. 14.

147) Neufeld in JW. 1931, 3042; „regelmäßig wird der Verkaufskommissionär nicht Eigentümer".

148) Neufeld in JW. 1931, 3042 und § 226 Abm. 3b; Goldschmit, § 226 Anm. 23; Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 20.

gesetzten niedrigeren Prozentsatz des Grundkapitals nicht übersteigen. Die Errechnung der 10 % richtet sich ebenso wie bei dem Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens nach der Höhe des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft. In den Hundertsatz ist aber im Gegensatz zu dem Erwerb nach § 226 Abs. 1 S. 1 der gesamte schon vorhandene Aktienbesitz sowohl der abhängigen wie der herrschenden Gesellschaft einzubeziehen, ohne Rücksicht auf die Art des Erwerbs [149]). Demnach sind also die zur Abwendung eines schweren Schadens und die in Ausführung einer Einkaufskommission erworbenen Aktien mitzuzählen. Laut ausdrücklicher gesetzlicher Gleichstellung sind auch die Aktien einzurechnen, die von der herrschenden Gesellschaft auf Grund der in Abs. 3 erwähnten Rechtsgeschäfte erlangt sind [150]). Dasselbe dürfte auch für die von der abhängigen Gesellschaft in dieser Weise erlangten Aktien gelten, obwohl es für diesen Fall an einer gesetzlichen Regelung fehlt, da auch diese Aktien, wenn auch nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich als Aktien der herrschenden Gesellschaft anzusehen sind und von dieser kraft ihres beherrschenden Einflusses jederzeit erworben und somit auch eingezogen werden können [151]). Die Novelle will durch diese Regelung erreichen, daß die herrschende Gesellschaft erst die in ihrem Besitz befindlichen eigenen Aktien amortisiert, bevor eigene Mittel zwecks Kapitalherabsetzung aufgewendet werden.

Als zur Einziehung erworben gelten die Aktien aber nur, wenn sie binnen 6 Monaten nach Erwerb eingezogen werden [152]). Da die abhängige Gesellschaft die Einziehung selbst nicht durchführen kann, besteht immerhin die Möglichkeit, daß die herrschende Gesellschaft diese Aktien nicht innerhalb der 6 Monate einzieht. Hier wird es auf die internen Vereinbarungen zwischen den beiden Gesellschaften ankommen, die unter Umständen Regreßansprüche zur Folge haben können.

4. Die dem Erwerb gleichgestellten Fälle.

a) Die Inpfandnahme von Aktien.

Die Vorschriften der Novelle über die Ausnahmen von dem allgemeinen Erwerbsverbot sind nicht auf den Erwerb von Aktien beschränkt, sondern finden auch Anwendung auf wirtschaftlich ähnlich gelagerte Fälle, in denen dieselben Gefahren wie beim

149) Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 55; Flechtheim, Bank-Arch. 31, 12.

150) H. M. vgl. u. a. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 18.

151) Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 22; Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 55; Flechtheim, Bankarchiv 31, 13; Neufeld, Anm. 3.

152) § 226 Abs. 1 Ziff. 2.

Aktienerwerb eintreten können. So ist im § 226 Abs. 4 ausdrücklich vorgesehen, daß die abhängige Gesellschaft in den drei Ausnahmefällen Aktien der herrschenden auch zum Pfand nehmen darf. Praktisch wird die Inpfandnahme von Aktien aber nur werden können in den Fällen der Abwendung eines schweren Schadens, da eine Inpfandnahme zwecks Ausführung einer Einkaufskommission oder zur Einziehung begrifflich undenkbar ist[153]). Aus der Verwendung des Ausdrucks „als Pfand nehmen" ergibt sich, daß der Gesetzgeber nur das durch Rechtsgeschäft begründete Pfandrecht meint[154]). Die abhängige Gesellschaft kann daher an Aktien der herrschenden gesetzliche Pfändungspfandrechte erwerben, denn der Gesetzgeber will nur verhindern, daß durch Lombardierung von Aktien Aufwendungen aus dem Gesellschaftsvermögen gemacht werden, die vielleicht nicht mehr in das Gesellschaftsvermögen zurückfließen[155]). Die Gleichstellung des Aktienerwerbs mit dem Pfanderwerb hat zur Folge, daß die zum Zweck der Abwendung eines schweren Schadens erworbenen und zum Pfand genommenen Aktien in den Hundertsatz mit einzurechnen sind.

b) Erwerb durch einen Dritten für Rechnung der abhängigen Gesellschaft und unter deren Kursgarantie.

Unter die Ausnahmebestimmungen des Erwerbsverbots fällt ferner auch der Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch einen Dritten für Rechnung der abhängigen Gesellschaft[156]) Die Bezugnahme des Gesetzes in Abs. 4 auf Abs. 3 „für Rechnung der Gesellschaft" bedeutet etwa nicht, daß es sich um den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft seitens der abhängigen für Rechnung der ersteren handelt, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte. Aus dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Identität der beiden Gesellschaften ergibt sich, daß es bei dem unmittelbaren Aktienerwerb durch die abhängige Gesellschaft von dritter Seite gleichgültig ist, ob die abhängige Gesellschaft für eigene oder für Rechnung der herrschenden Gesellschaft erwirbt[157]), so daß mit dem Hinweis auf Abs. 3 nur die Fälle gemeint sein können, in denen die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden von

153) Neufeld in JW. 1931, 3043: „Von den Ausnahmevorschriften, nach denen der Erwerb eigener Aktien zugelassen ist, sind auf den Pfanderwerb nur die Vorschriften über den Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens anwendbar".

154) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 26; Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 8; Neufeld in JW. 1931, 3043.

155) Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 8.

156) § 226 Abs. 4, der auch auf Abs. 3 bezug nimmt.

157) Neufeld, JW. 1931, 3043.

einem Dritten für ihre Rechnung erwerben läßt. Bei dieser Art Erwerb können anders als beim Pfanderwerb alle Ausnahmefälle in Betracht kommen.

Den Regeln über den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige unterliegen schließlich noch die Fälle, in denen die abhängige Gesellschaft solche Aktien durch einen Dritten unter Uebernahme einer Kursgarantie erwerben läßt[158]). Unter Kursgarantie ist ein Vertrag zu verstehen, durch welchen dem Begünstigten im Falle des Verkaufs der Aktien ein Mindesterlös zugesichert wird mit der Verpflichtung, die Kursdifferenz zu ersetzen.

5. Der unentgeltliche Erwerb.

Im Anschluß an die Behandlung der in der Novelle geregelten Ausnahmen von dem Grundsatz des Erwerbsverbots eigener Aktien ist die Frage zu prüfen, ob die Aufzählung erschöpfend ist oder ob noch weitere Ausnahmen zuzulassen sind. So fragt es sich insbesondere, ob auch ein unentgeltlicher Erwerb nur im Rahmen der Vorschriften des § 226 n. F. zulässig ist. Würde man den Wortlaut des Gesetzes maßgebend sein lassen, so wäre diese Frage zu bejahen, da die Novelle zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb nicht unterscheidet und nach herrschender Ansicht unter Erwerb sowohl der entgeltliche wie auch der unentgeltliche verstanden wird. Die Vorschriften des § 226 sind hier nicht nach formal-juristischen Gesichtspunkten, sondern unter Berücksichtigung der wirtschaftspolitischen Erwägungen auszulegen, die für den Erlaß dieser Bestimmungen maßgebend gewesen sind[159]). Wir haben oben[160]) des näheren die Hauptgründe dargelegt, die zu der Einführung des grundsätzlichen Erwerbsverbots eigener Aktien geführt haben, und auch darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber durch das Verbot hauptsächlich verhindern will, daß die Gesellschaft ihre Mittel in Vermögensstücken anlegt, die für sie wertlos sind, und dadurch die Interessen der Gläubiger und Aktionäre beeinträchtigt. Diese Gründe treffen aber für die Fälle des unentgeltlichen Erwerbs, mag er nun auf Grund einer Schenkung, einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses erfolgen, nicht zu, da ein solcher Erwerb zu keinerlei Gegenleistung verpflichtet. Daraus ergibt sich, daß gegen die unbeschränkte Zulässigkeit des unentgeltlichen Erwerbs grundsätzlich keine Bedenken bestehen. Man wird aber verlangen müssen, daß auch im Fall des unentgeltlichen Erwerbs die Aktien voll eingezahlt sind. Die Notwendigkeit dieses Erfordernisses wird von einigen Schriftstellern

158) Ebenfalls § 226 Abs. 4 Lehm.-Hirsch, Anm. 13.
159) Flechtheim, Bankarchiv 31, 13.
160) Vgl. oben S. 31 ff.

für den Fall, daß es sich um den unentgeltlichen Erwerb eigener, d. h. im eigentlichen Sinne, nicht vollbezahlter Aktien handelt, damit begründet, daß die Gesellschaft wegen der Vereinigung von Forderung und Einzahlungspflicht in einer Person den Anspruch auf die Restzahlung verliert, was wirtschaftlich einer Aufwendung gleichkomme[161]). Es kann dahingestellt bleiben, ob durch den Erwerb von eigenen Aktien eine Konfusion von Forderung und Schuld eintritt oder ob es nicht richtiger ist zu sagen, daß die Einlegungspflicht so lange ruht, als die Aktien im Eigentum der Gesellschaft sind[162]). Für das hier zu behandelnde Thema herrschende — abhängige Gesellschaft kommt keiner dieser Gesichtspunkte in Betracht, denn trotz weitgehender wirtschaftlicher Verknüpfung bleibt die rechtliche Selbständigkeit beider Gesellschaften bestehen, so daß die Pflicht zur Resteinzahlung seitens der abhängigen Gesellschaft weder durch Konfusion untergehen noch ruhen würde, vielmehr im Hinblick auf die §§ 211, 221 HGB. bestehen bleibt; die abhängige Gesellschaft wäre demnach in den Fällen des unentgeltlichen Erwerbs von nicht volleingezahlten Aktien der herrschenden zu Aufwendungen für diese Aktien genötigt. Diese Aufwendungen sind aber als Aufwendung der herrschenden Gesellschaft zu werten, so daß im Endergebnis die herrschende Gesellschaft zu diesen, scheinbar unentgeltlich erlangten Aktien doch Aufwendungen zu machen hätte. Deshalb ist der unentgeltliche Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft seitens der abhängigen nur unter der Voraussetzung zuzulassen, daß die erworbenen Aktien voll eingezahlt sind. Bei der Berechnung des Hundertsatzes im § 226 Abs. 1 Ziff. sind die auf diese Weise erlangten Aktien mit zu berücksichtigen[163]).

6. Die Rechtsfolgen verbotswidriger Aktienzeichnungen und verbotswidrigen Aktienerwerbs.

a) Die Frage der Wirksamkeit.

Nachdem wir die Fälle besprochen haben, in denen der abhängigen Gesellschaft ausnahmsweise gestattet ist, Aktien der herrschenden zu erwerben, müssen wir nunmehr die Frage erörtern, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die abhängige Gesellschaft darüber hinaus Aktien der herrschenden erwirbt oder solche Aktien entgegen dem Verbot zeichnet. Die Novelle hat zu dieser Frage

161) Vgl. u. a. Quassowski in JW. 1931, 29, 19; Neufeld in JW. 1931, 3041; Nord in ZHR. 1931, 177; Goldschmit, § 226 Anm 20 a. M. Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 41 unter Hinweis auf §§ 211, 221 HGB.

162) Ritter in JW. 1933, 2749.

163) Quassowski in JW. 1931, 2920.

in den Absätzen 2 und 4 des § 226 Stellung genommen und folgende Regelung getroffen.

Zeichnet die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden, so wird durch diesen Verstoß die Wirksamkeit der Zeichnung nicht berührt[164]). Bezüglich des verbotswidrigen Erwerbs bzw. der verbotswidrigen Inpfandnahme von Aktien der herrschenden Gesellschaft gilt dasselbe, sofern die Aktien voll bezahlt sind[165]). Soweit es sich dagegen um nicht vollbezahlte Aktien handelt, sind der Erwerb bzw. die Inpfandnahme mit der einzigen Ausnahme, daß sie zur Abwendung eines schweren Schadens notwendig sind, nichtig[166]). Im letzteren Fall wird also die abhängige Gesellschaft nicht Eigentümer der Aktien; der Veräußerer kann ihre Herausgabe verlangen. Ueber die Wirksamkeit des Erwerbs von Interimsscheinen der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige besagt die Novelle nichts. Man wird diese Frage aber entsprechend der Gleichstellung mit den nicht vollbezahlten Aktien in Abs. 1 S. 2 des § 226 nach denselben Regeln beurteilen müssen, wie den Erwerb nicht vollbezahlter Aktien[167]).

Aus der Fassung der Novelle läßt sich nicht ohne weiteres erkennen, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn die abhängige Gesellschaft verbotswidrig für ihre Rechnung oder unter Uebernahme einer Kursgarantie Aktien der herrschenden durch Dritte erwerben läßt, da Abs. 2 nur von der Wirksamkeit eines Verstoßes gegen die Vorschriften des Abs. 1 spricht. Aus der Gleichstellung der Tatbestände des Abs. 3 mit denen des Abs. 1 ist aber zu entnehmen, daß die Fälle des Absatzes 3 als solche des Abs. 1 zu betrachten sind, so daß der Anwendbarkeit der Vorschrift des Abs. 2 auch auf die Fälle des Abs. 3 grundsätzlich nichts entgegensteht. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß die Vorschrift des Abs. 2 nicht auf den Erwerb des Dritten als solchen zu beziehen ist, mag auch der Wortlaut des Gesetzes zunächst dafür sprechen. Der Gesetzgeber will aber nicht Erwerbsgeschäfte unterbinden, die ein Dritter über Aktien der herrschenden Gesellschaft abschließt, sondern will vor allem verhindern, daß die abhängige Gesellschaft durch die Uebernahme der Aktien für ihre Rechnung oder durch die Kursgarantie gegenüber dem Dritten mit dem gleichen Risiko belastet wird, das mit dem direkten Erwerb von

---

164) § 226 Abs. 4.

165) § 226 Abs. 4 in Verb. mit Abs. 2.

166) So allgem. Meinung; vgl. u. a. Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 57; Staub-Pinner, § 226 Anm. 21; Quassowski in JW. 1931, 2921.

167) Goldschmit, § 226 Anm. 27; Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 25; Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 5.

Aktien verbunden ist[168]). Hiernach ist also der dingliche Erwerb des Dritten stets rechtsgültig, und nur die Vereinbarung der abhängigen Gesellschaft mit dem Dritten unterliegt der Vorschrift des Abs. 2.

In diesem Zusammenhang ist die gleichfalls im Gesetz nicht geregelte Frage zu behandeln, welchen Einfluß das Verbot des dinglichen Geschäfts auf die Gültigkeit des obligatorischen Geschäfts hat. Wir haben oben ausgeführt (S. 47), daß nach der Novelle die Folgen eines verbotswidrigen Erwerbs verschieden sind, je nachdem, ob die Aktien voll eingezahlt sind oder nicht. Entsprechend diesem Unterschied muß auch die Frage der Wirksamkeit des obligatorischen Geschäfts beurteilt werden. Ist das dingliche Geschäft unwirksam, so ist auch das obligatorische Geschäft ungültig, denn es wäre widersinnig, wenn man in den Fällen, in denen das Gesetz den Erwerbsakt für ungültig erklärt, durch die Annahme der Gültigkeit des Kausalgeschäfts den verbotenen Erfolg herbeiführen könnte[169]).

Hinsichtlich der Wirksamkeit des obligatorischen Geschäfts in den Fällen, in denen das Gesetz den verbotswidrig vollzogenen Erwerb dennoch wirksam sein läßt, bestehen im Schrifttum verschiedene Meinungen. Die eine Meinung folgert aus § 134 BGB. zwar Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrages, vertritt aber den Standpunkt, daß die Verpflichtung trotzdem erfüllbar sei und daß sich im Fall der Erfüllung die Wirksamkeit des Erwerbs nach § 226 Abs. 2 bestimme[170]). Nach einer anderen Auffassung bezieht sich die Vorschrift des § 226 Abs. 2 auch auf das obligatorische Geschäft, so daß beide Geschäfte mithin voll wirksam wären[171]). Rosendorff führt als Begründung für diese Ansicht gerade den von uns zu behandelnden Fall der abhängigen Gesellschaft an. Gerade hier zeige sich, wo es hinführen würde, wenn das Kausalgeschäft, das die abhängige Gesellschaft, deren Abhängigkeit von der herrschenden nicht erkennbar zu sein braucht, mit dem Dritten abschließt, nichtig wäre. Mit dieser allgemeinen Begründung läßt sich aber u. E. die Gültigkeit des obligatorischen Geschäfts nicht vereinbaren. Es würde allgemeinen Rechtsgrund-

168) Neufeld in JW. 1931, 3043; Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 11.

169) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 226 Anm. 3; Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 60; Schmulewitz, Verw.-Akt. S. 95.

170) Quassowski in JW. 1931, 2921; Neufeld in JW. 1931, 3043· Lehm.-Hirsch, § 226 Anm. 61.

171) Flechtheim, Bankarchiv, 3165 ff.; Netter in ZHR. 1931, 245 ff.; Staub-Pinner, Anm. 20; Goldschmit, Anm. 27; Rheinstrom, Anm. 13; Rosendorff, S. 299 u. 308; Friedländer, S. 75.

sätzen widersprechen, daß der Staat die Gerichte und die Organe der Zwangsvollstreckung bereitstellt, um Rechtshandlungen zu erzwingen, die durch Gesetz verboten sind[172]). Die zu dieser Frage von Lehmann-Hirsch vorgeschlagene Lösung bringt u. E. ein befriedigendes Ergebnis[173]). Diese führen hierzu aus:

„Soweit es sich um Verpflichtungsgeschäfte handelt, die von einer abhängigen Gesellschaft über Aktien der herrschenden Gesellschaft abgeschlossen worden sind, wird man allerdings der Gegenpartei aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gestatten müssen, den Einwand der Unklagbarkeit durch die Gegeneinrede der Arglist auszuräumen. Arglistig handelt jede abhängige Gesellschaft, die bei Abschluß von Rechtsgeschäften über Aktien der herrschenden Gesellschaft dem Vertragsgegner von dem Vorhandensein eines nach Abs. 4 erheblichen Abhängigkeitsverhältnisses keine Kenntnis gibt, ohne hinreichende Gründe dafür zu haben, daß der Vertragsgegner dies weiß. Kennt der Vertragsgegner das Abhängigkeitsverhältnis, so verdient er ebensowenig Schutz, wie wenn er mit der herrschenden Gesellschaft unmittelbar kontrahiert. Andernfalls wäre das Gesetz allzuleicht zu umgehen. Bei schuldloser Unkenntnis muß aber ein Schutz im Interesse eines redlichen und sicheren Geschäftsverkehrs um so eher gewährt werden, als Dritten ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften in der Regel nicht bekannt sein kann und nicht bekannt sein muß."

b) Die Haftung der Verwaltungsorgane.

Wenn auch durch die Vorschriften des § 226 Abs. 2 und 4 für die abhängige Gesellschaft an und für sich die Möglichkeit besteht, auch außer den gesetzlich zugelassenen Ausnahmen Aktien der herrschenden Gesellschaft wirksam zu erwerben oder trotz des Verbots wirksam zu zeichnen, so dürfte die abhängige Gesellschaft doch kaum von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, sondern vielmehr auf die Einhaltung der gesetzlichen Erwerbsbeschränkungen sowie des Zeichnungsverbots bedacht sein, da jeder verbotswidrige Erwerb bzw. jede verbotswidrige Zeichnung gemäß § 227a für die verantwortlichen Organe der Gesellschaft, in erster Linie die Vorstandsmitglieder, eine weitgehende Haftung nach sich zieht[174]). Da das Zeichnungs- und Erwerbsverbot sich gegen die abhängige Gesellschaft richtet, sind die Mitglieder des Vorstandes der abhängigen, nicht der herrschenden Gesellschaft nach § 227a Abs. 1

172) Quassowski in JW. 1931, 2921; Neufeld in JW. 1931, 3043.

173) § 226 Anm. 61 (S. 52).

174) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, § 227a, Anm. 2.

ersatzpflichtig, mag auch der Erwerb auf Veranlassung der Organe der herrschenden Gesellschaft erfolgt sein[175]). Die Ersatzpflicht tritt aber nur ein, wenn die Vorschriften des § 226 schuldhaft verletzt sind[176]), wobei dem zum Ersatz verpflichteten Vorstandsmitglied, nicht der klagenden Gesellschaft die Beweislast obliegt[177]). Ueber Art und Umfang der Ersatzpflicht ist in der Novelle nichts bestimmt. Man wird aber annehmen dürfen, daß unter Ersatz Schadensersatz zu verstehen ist[178]).

Nach § 227a Abs. 2 haften auch die Aufsichtsratsmitglieder, wenn die Handlungen mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten vorgenommen werden.

Schließlich werden die Vorschriften des § 241 Abs. 4 und 5 HGB. für anwendbar erklärt, d. h. der Ersatzanspruch kann auch von Gläubigern geltend gemacht werden, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

7. Die Behandlung der im Besitz der abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden.

a) Das Stimmrecht.

Auffallenderweise fehlt in der Novelle eine Stellungnahme zu der Frage, ob die abhängige Gesellschaft das Stimmrecht aus den ihr gehörenden Aktien der herrschenden Gesellschaft ausüben kann oder nicht. Die Frage war schon vor der Novelle für die Tochtergesellschaft bestritten. Das Reichsgericht[179]) und die herrschende Meinung[180]) erkannten der Tochtergesellschaft dieses Recht zu. Wegen des Nichterwähnens der abhängigen Gesellschaft in Abs. 5 des § 226 vertritt nun die überwiegende Meinung auch jetzt den Standpunkt, daß es bei der bisher herrschenden Rechtsauffassung verbleibt[181]).

---

175) Quassowski in JW. 1931, 2921; Neufeld in JW. 1931, 3044; Lehm.-Hirsch, § 227a Anm. 5; Staub-Pinner, § 227a Anm. 5.

176) Staub-Pinner, § 227a Anm. 3; Goldschmit, § 227a Anm. 8; Neufeld, § 227a Anm. 3; Lehm.-Hirsch, § 227a Anm. 3.

177) Neufeld in JW. 1931, 3044.

178) Lehm.-Hirsch, § 227a Anm. 4; Neufeld in JW. 1931, 3044.

179) RGZ. 103, 64; 115, 253.

180) So u. a. Flechtheim in JW. 1924, 679 Anm.; Haußmann, Tochterges., S. 64; Pinner in ZHR. 1927, 198; Kronstein, a. a. O. S. 120.

181) So Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Anm 47; Staub-Pinner, Anm. 31; Lehm.-Hirsch, Anm. 65; Horrwitz-Ullmann, Anm. 30; Klausing, a. a. O. S. 66.

Gegen die Zulässigkeit der Ausübung des Stimmrechts wendet sich u. a. Neufeld[182]) unter Berufung auf den Entwurf 1931, insbesondere auf dessen § 95, Abs. 5, der vorschlägt, daß das Stimmrecht aus Aktien, die jemand zugunsten einer abhängigen Gesellschaft besitzt, ruhen soll. Dieser Grundgedanke müsse auch gelten für die Behandlung des Stimmrechts aus Aktien der herrschenden Gesellschaft die der abhängigen gehörten, da der zugunsten einer abhängigen Gesellschaft gebundene Aktionär in der Stimmrechtsausübung nicht schlechter gestellt werden könne als die abhängige Gesellschaft selbst.

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen Düringer-Hachenburg ein[183]). Sie unterscheiden zwischen Aktien, welche die abhängige Gesellschaft für eigene Rechnung und solchen, die sie für Rechnung der herrschenden Gesellschaft erworben hat, und wollen im ersten Fall das Stimmrecht der abhängigen Gesellschaft gewähren, dagegen im zweiten Fall ihr versagen. Diese unterschiedliche Behandlung erscheint nicht gerechtfertigt. Ebenso wie es bezüglich des Aktienerwerbs nicht darauf ankommt, ob die abhängige Gesellschaft die Aktien der herrschenden auf eigene Rechnung oder auf Rechnung der letzteren erwirbt[184]), ist auch die Frage des Stimmrechts einheitlich zu entscheiden, zwar nicht unter Heranziehung des Entwurfs — Entwürfe sind noch nicht geltendes Recht —, sondern in sinngemäßer Auslegung des Absatzes 5. Da die abhängige Gesellschaft praktisch immer nach den Weisungen der herrschenden stimmen wird, ist der Fall so anzusehen, als ob die herrschende Gesellschaft selbst abstimmt. Durch die Vorschrift des Abs. 5, welcher das Ruhen des Stimmrechts aus eigenen Aktien anordnet, will die Novelle aber verhindern, daß die herrschende Gesellschaft an ihrer Willensbildung selbst teilnimmt. Aus diesem Grunde muß daher das Stimmrecht der abhängigen Gesellschaft aus den ihr gehörenden Aktien der herrschenden verneint werden. Für die von der abhängigen Gesellschaft zum Pfand genommenen Aktien ist die Frage des Stimmrechts, soweit dieses mit übertragen ist, in gleichem Sinne zu entscheiden.

b) Das Dividendenrecht und das Bezugsrecht.

Ebensowenig wie die Frage des Stimmrechts ist auch die Frage des Dividendenanspruchs aus den im Besitz der abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden von der Novelle

182) JW. 1931, 3044; für die Verneinung der Frage auch Goldschmit, Anm. 31 und Baumbach, Anm. 6.

183) § 226 Anm. 55.

184) Vgl. oben S. 44. Auch der Erwerb für eigene Rechnung der abhängigen Gesellschaft wird so angesehen, als habe die herrschende Gesellschaft selbst die Aktien erworben.

geregelt worden. Hier wird man der herrschenden Meinung [185]) folgen und der abhängigen Gesellschaft den Anspruch auf den Reingewinn aus Aktien der herrschenden zubilligen können. Diese Auffassung rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß die abhängige Gesellschaft selbständig Gläubiger und Schuldner hat, und es im Interesse der ersteren liegt, daß alle Gewinne dem Vermögen der abhängigen Gesellschaft auch zufließen. Die gegen die Zulässigkeit der Ausübung des Stimmrechts bestehenden Bedenken bleiben hier außer Betracht.

Schließlich fehlt in der Novelle auch eine Bestimmung über die Ausübung des Bezugsrechts auf junge Aktien aus den im Besitz der abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden. Hierbei ist zwischen direktem und indirektem Bezug zu unterscheiden. Unter direktem Bezug versteht man die Ausübung des Bezugsrechts im Fall der Kapitalerhöhung, unter indirektem Bezug die Ausübung des Bezugsrechts durch eine Mittelsperson, etwa über ein Bankenkonsortium, d. h. die neuen Aktien werden von einem Dritten gezeichnet mit der Verpflichtung, sie den alten Aktionären anzubieten.

Die Frage des direkten Bezugsrechts bedarf keiner besonderen Erörterung. Sie ist in verneinendem Sinn zu entscheiden, da nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 226 Abs. 4 S. 2 die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden auch nicht zeichnen darf. Aber auch die Ausübung des indirekten Bezugsrechts ist nicht zulässig, da es sich hierbei nur um eine andere Form der Zeichnung und somit um eine Gesetzesumgehung handeln würde [186]).

Dagegen bestehen keine Bedenken gegen die Veräußerung des Bezugsrechts, da das Bezugsrecht nicht ruht, sondern aus den vorstehenden Gründen nur nicht geltend gemacht werden darf [187]). Hierbei ist allerdings die Einschränkung zu machen, daß die abhängige Gesellschaft das Bezugsrecht nicht an die herrschende veräußern darf, da dies gleichfalls einer Gesetzesumgehung gleichkommen würde.

---

185) Vgl. die auf S. 50 Anm. 181 genannten Autoren und auch Reufeld, Anm. 9.

186) Quassowski in JW. 1931, 2922; Goldschmit, Anm. 35; Horrwitz-Ullmann, Anm. 31.

187) Lehm.-Hirsch, Anm. 66.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. Januar 1903 in Brieg in Schlesien geboren. Ostern 1922 legte ich die Reifeprüfung an dem Staatlichen Realgymnasium zu Reichenbach in Schlesien ab. Nach erfolgter Ausbildung im Bankfach widmete ich mich vom Herbst 1924 ab an der Handels-Hochschule zu Berlin dem Studium der Wirtschaftswissenschaften und bestand im Herbst 1927 die Prüfung als Diplomkaufmann. Anschließend studierte ich an der Universität zu Berlin Rechtswissenschaften und bestand im Jahre 1932 das erste juristische Staatsexamen in Berlin. Seither befand ich mich im Vorbereitungsdienst. Am 30. September 1935 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.